Należy się do pana
M.L. Rechtman
Kłodawa
~~Rechtman~~

M. L. Rechtman
Kłodawa

Rechtman

Rechtman

J.J. Kłodawa
Rechtmanem

Kłodawa

ספר

זית רענן

חלק שני

אדני ספר זה הטבעו על כמה וכמה שמעתתא, ושו"ת, בד' חלקי ש"ע,
וגם ליקוטי חידושי אגדה.

אשר חבר כבוד אדונינו מו"ר הרב הגאון החריף בעומקה של הלכה, פאר הדור צדיקא ופרישא וכו' כקש"ת מו"ר **משה יהודה ליב** [ובתחלת ירח שבט שנת תרכ"ה אשר חלה למות הוסיפו לו עוד שם יהושע] זצללה"ה, שהיה אב"ד וריש מתיבתא בכמה קהלות ובק"ק לאסק ובק"ק קוטנא, ובאור תורתו הופיע לקצוי ארץ רחוקים, ולעת זקנתו נטע אהל תורתו וישיבתו בירושלים עיר הקדושה תוב"ב, ושמה יסד ספר זה,

בעל המחבר ספר זית רענן חלק ראשון וספר תפארת ירושלים על כל שתא סדרי משנה.

הביאותיו לבית הדפוס בעזר צור ישועתי

אני עבדו ותלמידו של אדמו"ר מחותני מרן הגאון המחבר זצוק"ל, **שמרי' יוסף** בהרב המנוח הותיק מוהר"ר **יעקב זאב** קלעפפיש ז"ל, אשר זכה להביא לבית הדפוס ספר **זית רענן ח"א**, וספר **תפארת ירושלים**. כה יזכנו ה' להוציא לאור עולם יתר כתבי קודש ממרנא ורבנא המחבר זצוק"ל, וזכותו יגן עלינו עדי נצח.

ווארשא

בדפוס ר' יצחק גאלדמאן נ"י.

שנת תרכ"ט לפ"ק

ЗАИСЪ РАНОНЪ

ТОМЪ II.

ВАРШАВА

Въ Типографіи И. Гольдмана.

ДОЗВОЛЕНО ЦЕНЗУРОЮ.
Варшава 6 Февраля 1869 года.

הקדמה

יתברך הבורא וישתבח המאציל מחכמתו ליראיו, ובכל דור ודור הקים לנו רועי שלומי אמוני ישראל, אשר ממי פלג תבונתם ישקו את העדרים, להורות להם את הדרך אשר ילכו בה להבין ולשוטט בעמקי ים התלמוד, ורבותינו הראשונים נ"ע, ולהבין ולהשכיל את דבריהם הקדושים להיות קולע אל השערה ולא יחטיא באחת מהנה, כי גם מכל קוץ ונקודה מדבריהם הקדושים כמה הלכתא רברבתא איכא למשמע מינייהו, ויש ללמוד מהם תילי תילין של הלכות, ויאירו לנו כאבני אקדח. ועתה האיר לנו את נר המערבי, הוא ניהו אדוני אבי מו"ר הרב הגאון האמיתי הצדיק עטרת תפארת ישראל והדרו זי"ע, אשר בעודו במדינתנו, בהלו נרו על ראשינו, מעודו כל מגמתו היה להיניק דבשו משדי תבונתו לתלמידים רבים, ונתן מהודו עליהם בתורה ויראת ה' הטהורה, יחדיו יתאמו, [הוא לימד וקיים מאמר התנא ריש מס' אבות, והעמידו תלמידים הרבה, וכמ"ש התוי"ט שם שהעיקר להעמידם על רגליהם בהבנת אמתתה של תורה], וחפץ ה' בידו הצליח, רבים מתלמידים נהרו אליו ושתו בצמא מי בארו, מימיו המתוקים וצלולים, כמה מהם עלו והצליחו בה"ש וירחיבו לבם בתבונת התורה הק' והתמימה. לעת זקנתו, עוד עשה להשכות לת"ח חושבי התורה ושוחריה, ולהשאיר אחריו ברכה, וחיבר ס' **זית רענן**. אח"כ אוה מושב לו בארץ הקדושה, ונטה אהלו להלוך בארבע אמות של הלכה, בארץ ישראל, וגם שם, האמנם שנחלשו כחותיו הגופניים, עכ"ז לא הניח ידו ולמד עם תלמידים מובהקים הי"ו, [וכדרשת חז"ל (יבמות סב:) עה"פ ולערב אל תנח ידך, העמיד תלמידים בילדותו יעמיד תלמידים בזקנותו], ואור תורתו הופיע בארצנו הק', ורבים מגדולי תורה, חכמי ירושלים שליט"א, יאותו לאורו. והעיר ה' את רוחו הטהור לחבר את מטבע הקצרה בכמות ורחבה באיכות, ס' **תפארת ירושלים** על ששה סדרי משנה, שם הראה עוצם ידו ורב חילו בתוה"ק, בירר וליבן את דברי רבותינו חכמי הש"ס והראשונים והאחרונים, מכמה וכמה קושיות עצומות ותמיהות נשגבות, אשר שאוג ישאג עליהם הארי שבחבורה הרשכבה"ג מרן ר' **עקיבא איגר** זצוקללה"ה, והוציא לאור תעלומות עמקי דברי קדשם להעמידם על תלם ועל מכונם, [וגם פרש מצודתו בחידושים השייכים לכמה סוגיות הש"ס], ישובים נכוחים על כמה מאות קושיות, שתל בספרו **התפארת**. [ועי' בש"ס סנהדרין (כ"ד) א"ר אושעי' מאי דכתב ואקח לי את שני מקלות לאחד קראתי נועם וגו' נועם אלו ת"ח שבא"י שמנעימים זה לזה בהלכה, וברש"י שם] ונתבדר בעלמא לרוב, ונתפרסמו חיבוריו הנחמדים לשבח בעיני כמה רבני גאוני זמננו, הלא המה חכמי אה"ק, ורבני הגולה, ה' עליהם יחיו:

בעת אשר זכני ה' לעלות לעיר הקודש ירושלים תובב"א, בקיץ שנת תרכ"ד לפ"ק, לקבל את פני רבי אדוני אבי מורי הגאון זצ"ל, [תבענה שפתי תהלה לה' על אשר גמל עלי, שזכיתי להתמהמה שמה, לרצות את אבניה ועפרה, כשני ירחים], אז חבלים נפלו לי בנעימים, כי נתן אאמו"ר זללה"ה, על ידי, את אשר היה עוד טמון באוצרותיו, אוצר נחמד והון יקר משלל רב פז ופנינים, הוא החיבור היקר הנכחי, אשר בשם **זית רענן חלק שני** יכנוהו, רובו הוא אשר עמל וילד בעיר הקודשה **ירושלים** תובב"א, בירר וקדש בשלש עשרה נפש, בעיונו הישר והעמוק, גם החידושי תורה אשר העלה עלי לוח בעת היותו עוד במדינתנו אחרי הדפסת חיבורו **זית רענן חלק ראשון**, וגם החד"ת אשר היו אתו בכתובים עוד בעת הדפסת ספרו הראשון [ומפאת כמה מניעות לא נדפסו שמה, ומחמת אלו הסבות נשמטו ונחסרו כמה דברים וענינים שלמים, מתוך ומאמצע הדברים הערוכים שם, וזה גורם קשות ההבנה בכמה מקומות שמה, בעבור שחסר באמצע הדברים, ה' יעזר לי לבצע מזמותי להדפיסם במהרה]. ובאמת כפי ידיעתי, אלו החד"ת הם כמעט אחד מני אלף ממה שהעלה במצודתו בעיונו הזך והעמוק. אבל לא לקח לעצמו פנאי להעלותם עלי גליון:

וכמו שלש שנים לפני הסתלקותו ז"ל, בעת אשר החל רוחו הטהור לפעמו אודות חיבור זה, היה בדעתו הטהורה לסדר חידושי תורתו עוד על הרבה סוגיות שונות כסדר הש"ע חשן משפט [מאד חשק לזה בעבור שבזה"ר ח"א לא נמצא על סדר ישועות], אבל בעוה"ר לא זכינו לזה שתעלה בידו את אשר חפץ לעשות. וראש המסבב לזה הוא, כי בעסקו בעניינים הראשונים בחו"מ וערך חידושיו עליהם, היה כמעיין הנובע באר מים חיים [כאשר עיני הקורא תחזינה מישרים], ולרוב ערגותיו בעבודת הקודש ובפרט בעבודה תמה, ושברון לבו הטהור על צערא דשכינתא די בארעא דישראל ובחוצה לה, אשר היה עליו, ולרב חלישותו, לא היה באפשרות שיעלה אותם עלי גליון רק לאט לאט, על כן שבתה מלאכתו מלאכת הקודש אשר החל לעשות [ואיזה פעמים כתב אלי שאם יקרה ה' לפניו מביני מדע זריזים במכתב ידם אשר מפיו יקרא אליהם את כל הדברים והם יכתבו על הספר, אזי לא יארך הזמן ויגמור חיבור גדול ברב הכמות ורב האיכות על החשן משפט]. והנה בריש ירחא דאלול בשנת הנ"ל, כאשר הכינותי את עצמי לשום לדרך פעמי ולשוב לביתי, נתן על ידי את החיבור, וכה היו אמריו אמרות טהורות אלי, בני מחמדי, הא לך חיבורי היקר הזה, תקרא ותשנה בו בעיונך ויגיע לך התכלית האמיתי בסוג הלימוד, כאילו אתה לומד לפני, ואם תמצא תמלא בו דברים מוקשים לכאורה, הנה אגיד לך קושט אמרי אמת, מובטחני בעזר צורי הרועה אותי מעודי, שכל הדברים הנאמרים בספרי בנויים הם על מרכז האמת והצדק, ושכולה אין בהם, ויש להם מקום נאמן עפ"י שיטת רבותינו הראשונים, ולאחר עיונך ויגיעך תמצא, כאשר ראית בעת היותך פה עה"ק, ונתקשית בכמה דברים אשר מהראוי לעמוד עליהם, [והסבה לזה אודיע נאמנה, לאשר שאאמו"ר המחבר ז"ל, לא עשה מהדורא בתרא, רק כמו שהציע את הדברים עלי גליון בפעם הראשון, לא הוסיף לכתוב עוד עליהם (כדרך מחברי ספרים) רק לפעמים, ומובן מעצמו שמחמת נמוס העיון להעלות את גופי הדברים על הגליון, אין באפשרות לשמרם שלא יקשה עליהם לכאורה בתחלת העיון ממקומות אחרים, ושלא יראו הדברים כנסתרים מאמתם, והמשכיל יבין שגם כמו שהדברים כתובים וערוכים כעת, כמה גדול היה כחו של זקן ה"ה אאמו"ר הגאון האמיתי זצ"ל, להעלותם כן בפעם הראשון] והעמדתיך על האמת, ובכ"ד גם אתה אחרי עיונך כוונת לאמתת כוונתי על נכון, ולאשר שרצוני וחשקי להשכות בזה החיבור את תלמידי חכמים חושבי תורה, על כן תסדר אותו באופן הנאות. ויען כי הדבר אשר יקשה לך יקשה גם לרבים מת"ח, לכן למען הקל לפניהם, את אשר תמלא ידך לבאר דברי, תחוק בספר בתוך חיבורי, ותביאו לבית הדפוס. ותשגיח שיודפס ביופי, באותיות גדולות, וכדומה, שזהו הידור התורה. ועיני נשואות לה' ית"ש, בזכות אבותי הגאונים הקדושים נ"ע בגנ"מ, אשר דברי ילמיחו פרי תבונה בלב העוסקים ומייגעים בהם, בסוג הלימוד הישר אשר לימדתי מעודי לתלמידיי ידידי נפשי הרבנים המאוה"ג ה' עליהם יחיו, וחזק עצמך בזה להיות זריז מאד בדבר, ואם באפשרות אשר עוד ביומי דניסן הבעל"ל יובא לבית הדפוס, אזי טוב מאד. עכ"ד היקרים הנאמרים אליו: **ואני** בבואי לביתי לשלום, [הודות לה' ית"ש שגמלני טוב, כי הייתי בסכנה עצומה בעברי עיר סוריא ביום טו"ב אלול לעת ינטו צללי ערב, אשר אני ועוד שני אנשים אשר נסעו מאה"ק, ישבנו על אניה קטנה (לשוט אל אניה הגדולה) וכאשר התרוממו גלי הים, חשבה להשבר עד כי לא האמנו עוד בחיינו, וה' אב הרחמן בצר לנו הוציאנו ממצוקותינו. וחובה עלי לספר שמו לאחי, על נפלאותיו הגדולים וחסדיו הנאמנים אשר עשה עמדי, בזכותא דאבהתי הגאונים קדושי עליון זי"ע, ובזכות התורה הקדושה הערוכה בתוך החיבור היקר הנחמד הזה] בפתחי בו כשנים ושלשה דלתות

הקדמה

דלתות, ראיתי שאפילו על פני תבל, אשר כקטן כגדול ישמעו ויבינו, הוכרח להוסיף ולבאר בזה הרבה, ולהעתיקו כלו, מפאת שהמעתיקים הראשונים טעו בחסר ויתיר וחליף, ומפני שהיה כתוב כמה ר"ת, אשר ילאו עיני הקורא. וגם להוסיף מראה מקומות, דהיינו ציוני הדפין מש"ס, ומהפוסקים, הרמב"ם, וש"ע, ושו"ת, ההלכות, והסימנים, כל א' כפי סידורו. ובה"ש עשיתי הכל וסדרתים בסדר נכון באופן הנאות, וגם עשיתי **מפתחות**, והדברים שהיו קשים לי להבין, אחרי היגיעה וטורח חנני ה' להבין כל דבר על בוריו ועל נכון. **ובזית** הודו [אשר אחר כמה פרחות הוציא שמנו, וכמבואר במדרש רבה ריש פ' תצוה שלכך נמשלו ישראל לזית רענן]. והוספות האלו הצגתים לבדנה במדור בפני עצמם בסוף החיבור, ולפעמים רשמתי בפנים לעיין בהשמטות וביאורים, מלבד מעט מזעיר מהמאמרים המוסגרים בתוך החיבור הם אשר רשמתי אני, בעבור כי מחזה פני הדבר יבקש להוסיף איזה מלות, והסגרתים, בכדי שלא לשנות לשונו הזך. גם רשמתי את שם עירנו הקדושה ת"ו עלי החד"ת שחידש שמה, כי מאד היו חביבים לפניו החד"ת משם [וכמאמר הז"ל במדרש רבה סדר בראשית (פרשה ט"ז) עה"פ וזהב הארץ ההוא טוב, מלמד שאין תורה כתורת ארץ ישראל ולא חכמה כחכמת ארץ ישראל, שם הבדולח ואבן השוהם וגו' מקרא משנה תלמוד ואגדה וכו'], וכמו כן רשמתי את שם העיירות אחרות, למען יהיה להם למזכרת עולם שזכו לזה שהחזיקו אותו לדיק ז"ע. ומחמת שאחרי איזה ירחים מעת אשר התחלתי לעסוק בזה, נלקח ממני עטרת ראשי וחמדת בית ישראל, מר אדוני אבי מו"ר זללה"ה, ועלתה נשמתו הטהורה השמימה [בהיותו כבן פ"א שנה] ביום שני פרשת בא, שלישי לירח שבט שנת תרכ"ה לפ"ק, [ואעתיק פה את מכתבו האחרון אשר כתב לי, בעזה"י יום ה' ד"י טבת פה עה"ק ירושלים תובב"א: לכבוד בני מחמדי וכו'. הנה רצוני למלאות משאלתך לשלוח לידך חידושים על סוגיות נודעות בח"מ, והתחלתי לעיין בשמעתא דקא"פ, והנה בעזה"י ובס"ד יש אתי חידושים רבים ונפלאים, אולם להביאם עלי לוח הגליון קשה עלי מאד, כנודע לכ"ת מכבר. ואראה בעזה"י לאט לאט, והנה הפתיחה כבר קרוב לגמר, ואשלחם לידך אי"ה, (ובעוה"ר נטרפה השעה, ולא זכינו לרוות למאון נפשינו, ומה שהוקבע בפנים על סוגיא זו, הוא רק הפתיחה, וכמו שרשמתי שם שתשלום הדברים לא באו לידי, וגם אות יו"ד י"א הכתוב שם לא נכתבו בכת"י הטהורה), לכן בני מחמד עיני אתפלא עליך על אשר הטרחת אותי בדבר שביכלתך לידע מעצמך אחר היגיעה, הכי עולה ע"ד שאתה יושב במסיבה עמדי ותשאלני תמיד כל העולה על רוחך לעורר על דברי, רק חזק ואמץ. והנה מה ששאלת וכו': עכ"ד הנחמדים ויקרים אלי, והשגתי מכתבו הזה בעת חליו, ורעיוני היו נבוכים בעבור דברים אלו הנאמרים במכתבו, ולב יודע וכו'], והלכתי חשכים ואין נוגה לי, ועוד איזה הפרתקאות אשר עברו עלי בעוה"ר, לכן נתאחר הדבר הרבה עד אשר גמרתי ועשיתי את כל הנ"ל, ולא זכיתי לשלחו לבית הדפוס עד חדש אלול שנת תרכ"ז לפ"ק:

ועתה הא לכם בית ישראל, רבותי גאוני הדור שליט"א, וחכמי תורה מביני מדע כ"י, חיבור כלול בהודו והדרו, על כמה וכמה שמעתתא, וגם שו"ת בד' חלקי ש"ע, ומעט ליקוטי חידושי תורה. ועוד יש תח"י חידושים רבים מאאמו"ר המחבר ז"ל, ובתוכם כמה חידושים אשר חידש בימי חרפו [וכבר יעדתי עליהם בפנים כ"פ], וקראתי להם שם, **ליקוטי הגהות והערות**, ומחמת הוצאות הדפוס כי רבו, לא יכולתי להדפיסם כעת, ואני מצפה לה' ית"ש, שאזכה להוציאם לאור עולם בקרוב, [מעט מהם אצלתי וקבעתי בפנים בחלק חו"מ כדי שיודפסו כעת, ורשמתי שהם לקוטים], וזכות קדושת תורת אאמו"ר הגאון אמיתי זללה"ה, יגן לסובב על כל המסייעים בגופם ומאודם להוציא על פני תבל את חידושי תורתו, הון ועושר בביתם וצדקתם עומדת לעד, ואני תפלה, יהא רעוא שלא ימוש התורה והתעודה ממני ומצאצאי ומז"ל עד עולם:

דברי הבא על החתום ביום עש"ק עשירי לירח אלול **ברכות** לפ"ק

הצעיר **אברהם בנימין** חופ"ק ווירשוב, בן לאאמו"ר הרב הגאון האמיתי כקש"ת מוהר"ר **משה יהודה ליב** זצ"ל, במוהרב"ב ז"ל, שהיה חתן הגאון מוהר"ר **זאב אויערבאך** זצ"ל אבד"ק לונטשיץ, חתן הגאון מוהר"ר **חיים** זצ"ל אבד"ק לונטשיץ, בן להגאון המפורסם ערוגת הבושם מוהר"ר **יצחק זעליג קרא** האב"ד במדינת הנובר זצ"ל זכותו יגן עלינו, אשר הרביץ תורה בישיבה רבה גדולה מאד [ושמעתי שעל מצבתו חרות שהעמיד תלמידים לאלפים ולרבבות], נין ונכד להגאון רבן של ישראל **מוהר"ל מפראג** זצוק"ל, ולמעלה בקודש רבינו **הבית יוסף** בעל המשביר בארבעה ש"ע, ועוד למעלה עד רבינו **חנינא קרא** זצוקלה"ה, ולהתנא הגדול ר' **נחוניא בן הקנה** שהיה מגזע **דוד המלך** ע"ה. והגאון מוהר"ר **זאב** הנ"ל היה נכד להגאון מוהר"ר **מ' מענדיל** בעל עטרת זקנים זצוק"ל.

ומצד אמי הרבנית מרת מַשא נבג"ם, אני נכד להגאון רבן של ישראל בעהמ"ח ס' **בית שמואל** על אהע"ז, ולהגאון הצדיק המפורסם מוה"ר **נפתלי כ"ץ** זצ"ל אבד"ק פפד"ם, והוא היה נכד לרבינו **מוהר"ל** מפראג הנ"ל [כמבואר בתשו' הכ"ג סי' ע"ו]. **זכותם יגן עלינו לחזות בנועם ה' בב"א:**

והטעם אשר נקרא שם הספר **זית רענן**, כבר כתוב בהקדמה לחלק הראשון, וז"ל, כי שמי ושם אבי בקרבו, ומספר **זית** עולה כשמי **משה יהודה ליב** זללה"ה, וגם ספר **זית רענן** ר"ת [ספר] זה יפיק **ת**עלומות **ר**בות **ע**ומקם **נ**וכח **נ**בונים, וזה עולה במספר כחתימתי:

הק' והצעיר משה יהודה ליב בן הרבני מוהר"ר בנימין בינוש זללה"ה.

מחזיקנא טיבותא לכבוד הני אנשי מופלגי תורה יקרי ערך, המתנדבים בעם לקחת את ספר היקר הזה, ולהביא ברכה אל תוך בתיהם. ומפאת אשר מכמה עיירות לא נודע לי שמות המתנדבים בפרטות, ע"כ לא יכולתי להטיל קנאה בדבר לפרט אותם הנודעים לי, ואתם הסליחה, ואת כולם יחד אברך בברכות התורה, יהי מקורם ברוך, ישאו ברכה מאת ה', אושר ועושר יחדיו אתם יתאמו, ויעלו למעלה ראש, ויזכו לקנות שאר ספרים קדושים ולהגות בתורת ה' מתוך הרווחה, ויהי ה' אתם, אמן.

מפתחות

[הכ"ס] מלבד התועלת הידועה אשר מגיע מהמפתחות , עוד על ידם יובן באיזהו מקומות סידור הענין הכתוב בפנים , גם אשר מצאתי באחרונים מהדברים הכתובים בפנים ולא רשמתי במקומו כתבתי כאן :

חלק אורח חיים

סימן א תשובה בדיני תפילין ע"ד הנהוג במקצת עיירות במדינת בבל , שסופרי סת"ם כותבים השורות מהפרשיות של תפילין בעיקום , ועי"ז הם קצרות זו מזו : **(אות א)** מה שיש לצדד להכשיר בצורה הזאת בתפילין , ייסוב על הרמ"א אהע"ז (סי' ק"ל) : **(אות ב ג ד)** מברר בראיות שפסול , מש"ס בבלי וירושלמי , ביאור בירושלמי בכתב על ב' דפין , תירוץ על קושיית הב"ש סי' ק"ל (וזאת מצאתי בביאור מרדכי הלכות קטנות) : **(אות ה)** לייסב דברי תוס' מנחות התמוהים בראייתם מירושלמי דבשני דפים כשר (ועיין בחתם סופר ח' או"ח סי' ה' שכתב שט"ס הוא) : **(אות ו ז ח ט)** לבאר הטעם דל"ב שירטוט בתפילין , עפ"י דברי ראשונים , לתרץ קושיית תוס' מנחות על רש"י בזה , ושיטת הרא"ש שם , בטעם הפסול במזוזה כקובה וכזנב , סותר בזה כל צדדי הכשר בתפילין בצורה כזאת הנזכרים באות א' : **(אות י)** ראיות ברורות דלא כחכם אחד שהורה בזה לנקוב את העור משני צדדים בגליון : **(אות יא יב יג)** לייסב ספיקא של תוס' סוטה , אי מהני שירטוט אחר כתיבה , הערות בזה , ייסוב על קושיית תוס' סוטה גבי לא יקרא ק"ש למפרע : **(אות יד)** עוד בדין דקובה או כזנב , ביאור נפלא בדברי שם חיים מר"י הזקן :

סימן ב בנידון ביהכ"נ שבנו אותה עד הגג ועמדה כמה שנים וא"י לגומרה , אם רשאים למכרה , ביאר כמה פרטים בזה : **(אות א)** היכא שנגמרה כולה ולא התפללו עוד בה : **(אות ב ג)** בבנו כל אחד דבר מסויים , ובשינו לדבר מצוה , ייסוב לקושיית הש"ך יו"ד (סי' רנ"ט) על המרדכי גבי ישראל שהתנדב מנורה , מייסב קו' מג"א על התוספתא , ותשובת הרא"ש : **(אות ד)** בנבו לענייס לדבר שאינו קבוע , ופירוש על תשו' מהרי"ק בזה : **(אות ה)** בביה"כ של כרכים , ובדברי תשו' פנ"י בזה : **(אות ו)** חילוקים אם הנודר הוא מבני העיר או לא : **(אות ז)** אות קטן א"ב , מבאר בראיות ראשית דבריו מ"ש לעיל באות א' ב' , תירוץ קו' הש"ך על תשובת הרא"ש בהזמנת מעות לביהכ"נ , א"ק ג' במ"ש לעיל באות ג' , ייסוב בתוס' ערכין בסוגיא דישראל שהתנדב מנורה , ועל תשובת מהרי"ק בסתירתו . א"ק ד' ה' במכירת ביהכ"נ אחד כשיש להם שנים , ובמ"ש לעיל באות ה' : **(אות ח)** על הערות השואל בביהכ"נ של כפרים , וכרכים :

סימן ג שאלה בביהכ"נ שנבנית מחדש בירושלים תוב"ב , האם לברך ברכת שהחיינו והטוב ומטיב : **(אות א)** דהטו"מ אין מברכין רק על הנאה גשמיית : **(אות ב ג)** פלפול בשיטת הבעה"מ דבמצות דרבנן ליהנות ניתנו , והחולקים עליו (ועיין בטעם המלך , פ"ח מהלכות לולב ד"ה לולא) : **(אות ד)** דשהחיינו אינה על הכשר מצוה :

סימן ד בדיני ברכת הגומל , פלפול ברא"ש ובסתירת הפ"ע אם מלת העולם מעכב בברכה (ועי' באבן העוזר סי' רי"ד) , חידש לתרץ עפ"י דברי ר"ן שבועות בגמר בלבו להוציא פת חטים , חילוקי דינים בזה :

סימן ה בנידון מי שבישל בשוגג ביה"ש של ערב שבת ושבת : **(אות א עד אות ו)** פילפול בספ"א שנתגלגל לדרבנן , ובדברי פר"ח ושעה"מ ה' מקוואות בזה : **(אות ו ז ח)** שני טעמים ישרים דל"ש כאן דין דשיל"מ : **(אות ט י)** לתרץ קושיית גליון רש"א (סי' ק"ב) בשני אופנים , הערה במבשל בשבת דבר שאינו שלו דלא יאסר , תירוץ על זה :

סימן ו עוד בדברים הנוגעים להענין הנ"ל , בדיני דשיל"מ : **(אות א ב ג)** לייסב קושיית המג"א ע"ד רמ"א בענבים בגיגית , חידוש נפלא בדברי הרמ"א , ועל קושי' כו"פ ממעילה : **(אות ד עד אות ח)** מבאר דבריו הקודמים בראיות , וראיה מפסחים בהביא שה מן אפר : **(אות ח)** הערה בש"ס פסחים הנ"ל : **(אות ט י)** ראיה להנ"ל מש"ס תמורה גבי ברירה , ביאור היטב בסוגיא שם , עוד ראיות מש"ס ופוסקים : **(אות יא)** שלא יקשה מדברי מ"א באפר שהוסק ביו"ט שנתערבה , ייסוב על קושיית הפמ"ג שם : **(אות יב)** לתרץ עפ"י הנ"ל קו' דרוש וחידוש על הרמ"א , וקושייתו בחידושי יו"ד על המג"א : **(אות יג)** לתרץ תמיהת כו"פ על ראיית המרדכי בענבים בגיגית , מעלים שנשרו מן הדקל , מפרש השו"ע דש"ס שם :

סימן ז תשובה לחכם א' על כמה קושיות והערות בש"ס : **(אות א)** קושיא על תו' מס' שבת במשלה בהן אור , מש"ס פסחים (ומצאתי בספר סדרי טהרה (ס"ס קנ"ז) בשם אביו הגאון ז"ל ובגליון הש"ס פסחים שם) , תירוץ ע"ז דבמשב"א לא חייל שם נותר , ומה שקשה על זה מש"ס כריתות מהלק בין נעשה זריקה בהכשר או לא : **(אות ב)** על שני קו' בפסחים י"א (וקושיא שניה היא בת"י יומא מובא בגליון הש"ס פסחים שם) : **(אות ג)** תשובה על הערתו לב"ש דל"ב סמיכה בשלמי חובה : **(אות ד)** חקירה ביו"ט שחל בשבת אי מוקצה אסור לשיטת הרי"ף ורמב"ס , פלפול בענין זה : **(אות ה)** בתוס' סוגיא דעליה : **(אות ו ז)** בש"ס יבמות דמילת אונס מעכבו , ובתוס' קידושין דלא עשו פסח במדבר בשביל שלא נימולו , ביאור בדבריהם , וכ"כ מוהרי"ט לפרש דברי תוס' , ולפמ"ש בפנים מיושב קושיית שעה"מ בפ"ט מה' ק"פ על מהרי"ט , מהלכתו חמה יעו"ש , (ועיין בתשובת חמדת שלמה אהע"ז סי' ט"ו ד"ה אמנם כבר , ופס"ל דאין ס' שקול שילדה שתי נקיבות ולא זכר אחד , וכן הסכים הגאון מאוה"ג זצוק"ל מליסא , וכמ"ש בפנים) : **(אות ח)** ברמב"ם בטמא מת שחל ז' שלו בע"פ : **(אות ט)** תמה על הכ"מ דבמלקות בעינן ג"כ כאשר זמם ולא כא"ע (ועיין בפ"י מס' מכות) , ייסוב ברור בזה . וגם על קושיית קונטרס הגאון ר' חיים יונה ז"ל בסוגיא דעדי גניבה בנפש , לתרץ ד' תוס' שאין דבעי התראה בעדות ב"ג וב"ח , הערה אם בעדות הזמה דב"ג וב"ח בעינן גמ"ד מקודם : **(אות י יא)** על קו' במסכת מכות , ובספיקו לדידן בה"מ שוגגין ומלקות , ביו"ט שחל בשבת : **(אות יב יג)** לייסב תמיהת השואל על ר"ל דה"מ שוגגין פטורין ממלקות , ביאור נכון בתוס' ריש ב"ק גבי כופר , התמוהים מאיזהו סוגיות בש"ס , ועל קו' ברפ"י פסחים : **(אות יד)** על איזהו קו' בריש זבחים , בשחט קדשים סתמא : **(אות טו)** לייסב דברי תוס' מנחות גבי איש איש שנודרין נדרים ונדבות כישראל , התמוהים מאד : **(אות טז)** על קושייתו בתוס' מעילה בגיזה של פסולי מוקדשין ממשנה דערלה : **(אות יז)** בכזית מצה של מע"ש שנתערב בחולין ואכל משניהם , ובתוס' במצה של טבל [ועי' בכפות תמרים בתוס' סוכה (ל"א: הד"ה כתבו עוד וי"ל) דהעלה בדעת התוס' כן] : **(אות יח)** באתרוג של ערלה שנתערב בכשר , והערות בזה :

סימן ח תשובה בדיני חמץ בנידון א' שע"י שגגה נתחלף שטר מכירת חמץ חדש בישן משנה שעברה , ונמסר לא"י השטר מכירה הישן : **(אות א)** בדברי מנחת יעקב ופנים מאירות בביטל ושגג על הביעור , ופלפול בדברי האחרונים בזה , תמיה על תשו' נודע ביהודא , ייסוב ע"ד הפר"ח בחסה שלתתה במים וכתבו עליה אחרן תטה , מקושיית שעה"מ , (ועיין בתשו' רע"א זצללה"ה סי' ס"ד ד"ה ובהיות) , איזה היתרים בזה , (ואחד מהם מצאתי בחת"ס סי' קי"ט ד"ה ומיהו) : **(אות ב)** איזהו חקירות בשכירות קרקע , ובזקפן עליו במלוה : **(אות ג)** מחדש שבדיעבד מועיל בהמוכר חתם על השטר אפי' לאחר הפסח : **(אות ד)** בדברי רדב"ז במתנה ע"מ להחזיר , ולתרץ דברי הט"ז בישראל שהלוה לא"י דעובר בפסח :

סימן ט בדיני אוכל חמץ של הקדש במועד : **(אות א ב)** לבאר דברי תוס' דאין פודין מדרבנן , חידש דבהגביה וסבור שהוא של אחר מעל אפי' אם אין פודין : **(אות ג)** ייסוב היטב על קושיית מהרש"א ברש"י באוקמתא דרב יוסף :

סימן י בדיני דאוכל תרומת חמץ בפסח : **(אות א)** ע"ד פי' המשניות התמוהים , וקושיית המפרשים בתוס' בסוגיין , וקושיית העולם ע"ד תוס' כתובות גבי זה נהנה וזה לא חסר : **(אות ב)** לייסב דברי תוס' ואת דברי הרמב"ן מקושיית דרוש וחידוש : **(אות ג)** לתרץ עפ"ז את ד' פירוש המשניות (ועיין בנחלת יעקב) , ולבאר דברי רש"י ברווחא , ייסוב על קו' פנ"י בקושיית הש"ס דחמץ בפסח לאו בר דמים הוא , והערה ע"ד צל"ח בהקדש ייסוב שיטת תוס' חולין במזיק מתנות כהונה , ועוד ישוב על קו' פ"י :

סימן יא בדיני כיסוי ביו"ט , בדעת ר"ת התמוה , דמתיר לשחוט ע"י עפר תיחוח בלא דקר נעוץ , ולפרש דברי הט"ז (ועיין במשבצות שם) : **(אות א)** לייסב דינו של ר"ת : **(אות ב)** קושיא גדולה משופר דאין מעבירין עליו התחום , חידוש דביטול מצות כיסוי הוי כעין קום ועשה , ועפ"ז מייסב הקושיא מר"ה , וקו' הפ"י ועוד קו' : **(אות ג)** טעם על ר"י דבעינן דקר נעוץ , לייסב היטב את שיטת ר"ת באופן שני , ולפרק קושיית תוס' שבת ריש פרק תולין , ודברי הרי"ף בסוגיין : **(אות ד)** תירוץ על קושיית ע"ז בכוי , ובדברי הא"ר שם , וקו' פ"י בשחט מעי"ס , ודין חדש בזה , וביאור לגירסא הישנה בש"ס שם : **(אות ה)** להבין ד' תוס' בסוגיין ד"ה א"ה , ומזה הערות בנולד ביה"ש אם מילתו דוחה יו"ט ב' : **(אות ו ז)** לתרץ שיטת ר"ת באופן שלישי , ולפרש הא דאפר כירה אין דעתו על הספק , בפירוש סוגיא דחולין גבי כיסוי כוי : **(אות ח)** ביאור בתוס' חולין שם בתקיעת שופר :

סימן יב בדיני דכל העומד לישרף , וכתותי מכתת שיעורא : **(אות א ב)** בדברי רמ"א אהע"ז התמוהים , דאם כתב גט על הדברים הצריכים שריפה הגט בטל , ובר"ן גיטין , ייסוב קצת עפי"ד תוס' יבמות בעכו"ם שעבד ע"ד ישראל : **(אות ג ד)** פקפוק ע"ד הב"ש שם , מקור לרמ"א מש"ס ותוס' : **(אות ה ו ז)** בדברי קצוה"ח ונתיבות ומשובב , אי יחיד מומחה רשאי לכפות , והכרעה בזה , ועפ"ז ייסב קושיית שעה"מ על תוספת חגיגה בחצי עבד וחצי בן חורין מגיטין : **(אות ח ט י יא)** לייסב את הרמ"א באופן אחר , ובראשונים בעומד לכפות : **(אות יב)** השגה על הבית מאיר וס' אבן פנס מ"ש על הרמ"א : **(אות יג)** להצדיק תירוציו על רמ"א מש"ס מנחות : **(אות יד)** אם מזיק בשוגג ועשאו דבר העומד לישרף חייב , וכן בגזלן , וראיה לזה , מייסב ד' הח"י בגזל חמץ דא"י לומר בפסח הש"ל : **(אות טו)** לבאר בראיות מ"ש מקודם , פירוש נכון בתוס' ב"ק גבי רב ספרא דאדעתא דאריה אפקריה : **(אות טז יז)** הקשה על התוס' חגיגה והרמ"א משני סוגיות , כוונה נפלאה בלשון הש"ס באמירה דמשה , כלל חדש לתרץ דברי תוס' ורמ"א , ראיה מכריתות באשם תלוי שהוזמו עדיו , ופירוש דברי רש"י שם , וראיה מסנהדרין מתוס' ורמב"ס , דהוי עדות שא"ל אם יוזמו הראשונים , ופלפול בזה : **(אות יח יט)** באופן אחר על קו' שעה"מ המובא (באות ו') , וראיה לזה מתוספות ב"ק (ל"ג) בפלוגתא דר"י ור"ע , וביאור בדבריהם : **(אות כ)** חידש בחיוב קנס דאל מיד , וזכיה בחיוב מהעמדה בדין , ראיה מראשונים וייסוב על קו' ש"ך (בסי' ל"ם) בכותבין שטר ללוה : **(אות כא)** הערות בתוס' סנהדרין וברמב"ס מובא מקודם :

חלק יורה דעה

חלק אבן העזר

רבותינו בעלי תוס' בכללא דאין הולכין בממון אחר הרוב, וקושיא בתוס' ב"ק [ועיין בש"ש שמעתא ד' פ"ח], ישוב לקושיית דרוש וחדוש ע"ד תוס' יבמות (ל"ז) ד"ה וזו, תירוץ על קושיית חידושי ר"ן סנהדרין בשקלא וטריא דסוגיא ר"פ בן סורר גבי רוב, שלא יקשה קו' התוס' יבמות מהמשנה דהוא אין יורש אותם: (אות ו) איזה ראיות מש"ס דסמוך מיעוטא לא הוי רק מדרבנן: (אות ז) על הערת הרב בסימנין וסימנין למה ל"א בתר קורבא, וכן באדרבא: (אות ח ט) בנידון זה אבד זכרו ל"מ, ויישוב קושיית הכ"מ על הרמב"ם באבד זכרו, ראיה מרש"י דרק בכל בגדים ל"ח לשאלה, במים ואח"כ איששתי גם ר"ת מודה: (אות י) בדעת הראשונים אי תרי רובא מהני בא"א היכא שנולדו ביחד:

סימן לב בענין הנ"ל: (אות א ב) לייש ד' תשו' הריב"ש דרוב לא עדיף מב' חזקות, מקושיית כ"ב עליו מפרה אדומה, ומה דקשה על תוס' חולין מענין זה, בסברה ישרה, והשגה על תירוץ של השואל: (אות ג) ראיה דחשש שאלה מה"ת וגם באיששתי אסורה מה"ת, בירר דלא כהשואל שרצה להקל בלא הכרה מחמת ב' רובי, והשגות על יתר דברי השואל: (אות ד) ישוב לקושיית דו"ח בשמיטת חש"ו לגבי כיסוי: (אות ה) לייש ד' יש"ש התמוהים בדשיל"מ בתרומה לכהן טמא [ועיין כ"ב מה"ת ח' י' סי' כ"ג], בדברי ר"ן ברובא דלא איתחזק בדשיל"מ:

סימן לג עוד בדיני אישות. תשובה בדבר עגונה: (אות א) דמשל"ת ע"י שאלה אי שאלו רק על שם המת לא הוי משל"ת, וראיה מתוספתא: (אות ב ג) היתרים משום מילתא דעל"ג מיד, ועפ"י תשו' נ"ל ומ"ב, פירוש בב"ש גבי משל"ת בלא קישור דברים: (אות ד) מברר בראיות ומכמה פוסקים נגד דעת מהרי"ו דל"א בא"א אין ספק מוציא מידי וודאי: (אות ה) לייש דברי תשו' הרא"ש גבי א"י שנתלוה עם יהודי, מכמה קושיות עליו. [ועיין בספר עזרת נשים-ס"ק כ"ח שעמד על קושי' אלו, ובש"ש שמעתא ז' פי"ע]:

סימן לד בדיני קידושין. תשובה בנידון נער אחד שקידש בתולה, בפני ב' עדים, וא' מהעדים לא שמע רק הרי את וכמו"י, והמקדש אמר אח"כ שכיון לשחוק: (אות א) עפ"י ש"ע (סי' כ"ז) וביאור לר"ן נדרים בידים שאין מוכיחות: (אות ב) היתר ע"פ שיטת הב"ח בטענת השטאה בקידושי ע"א, ולייש ד' ההכס לגבי שם התמוהים, ולהציל את החמ"ח דטענת השטאה מהני גם לשני מקו' האחרונים עליו, [ויעוין במקנה בק"א סי' מ"ב שם]: (אות ג) לייש דברי הב"ש שם ברחבה במה שהקשה מדין מתוך, הערה בחו"ת (סי' ע"ח), פלפול בזה בסוגיא דנסכא דר' אבא, ולתרץ קושיית רב מפורסם, על תוס' שם, השגה על בעל משיבת נפש: (אות ד) עוד היתר מטעם ע"א בהכחשה, עפ"י האומר לא שמעתי, תמה בזה על המל"מ (סוף פ"ט מה' אישות), הערה בדברי המ"מ גבי ע"א נתקדשה: (אות ה) עוד היתר ברור משום דהוי שתיקה דלאחר מ"מ: (אות ו) טעם הרביעי להתיר משום די"ל אין שקלי ודידי שקלי, וראיה מירושלמי בשניהם שהוליאו שט"ח זע"ז: (אות ז) להתיר משום הוכיח סע"ת [וכ"מ בחכ"צ סי' קט"ו דמש"ה מהני זריקתה הכסף קידושין תכ"ד], וראיות לזה, מעייל ונפיק אזוזי, ושבנה אורתה ומחלוקת הראשונים שם, לייש סתירת הר"ן בע"א בדשב"ע ולא איתחזק, תמה ע"ד הנב"י בזה מש"ס דהשע"ד אינו נאמן משום י"ת:

סימן לה בדיני קידשה במעשר שני: (אות א ב ג) תמיה על תוס' קידושין (דף נ"ג) ד"ה איהי [ועיין בפנ"י שם] ותירץ קושייתם בפלפול עמוק, פליאה על האבני מלואים (סי' כ"ח) במה שחידש היכא דקידושין נפחתו משווין, ותירץ על תוס' הנ"ל, ביאור ויישוב קושיית ב"ש על החמ"ח (סי' ל"א) גבי שוה פרוטה במדי, [ועיין בקהלת יעקב שם]: (אות ד) לייש קו' שעה"מ על-תוס' במקדש בערלה מבכורות, ובזה מובן דברי ב"ש אלו, עוד בא"א על קושית שעה"מ:

סימן לו תשובה בדיני קידושין, בנידון אם העדים ראו הנתינה רק בעת שהבעל יכול לנתק: (אות א) ביאר דמקח וקידושין מחולקים רש"י ב"מ ותוס' כתובות אי יכול לנתק מועיל לקיים, בדברי קצוה"ח (סי' ר"ב): (אות ב ג ד) בירר שיטת הראשונים בזה, תירץ דברי הרמב"ן התמוהים, בראייתו דק"ס מועיל לקנות ע"י יכול לנתק, ובשיטת הרשב"א שם, [ועיין בתשו' רע"א זצוקללה"ה סי' נ"ז]:

סימן לז תשובה בדין לשלוח גט ע"י ב"ד, ובדברי רמ"א (סי' קמ"א סעיף ל"ה) התמוהים, בשליח ע"י כתב: (אות א ב) לבאר דעת הרמב"ן מובא בר"ן בסוגיא דאומר אמרו, ובשיטת הרא"ה החולק עליו בשני דיניו: (אות ג) פלפול אי גופו של השליח הוי כמשלח, וראיות לזה מכמה מקומות, השגה על הקצוה"ח ריש הלכות שלוחין, ישוב על קושייתו ברא"ש סוגיא דמי הודיעו: (אות ד ה) ראיה דרא"ה חולק על רמב"ן הנ"ל, ובש"ע סי' קמ"א סעיף י"ד: (אות ו ז) הערה על המרד"ש, מגיטין גבי אבא בר מניומי, ויישוב קושיא הפנ"י גיטין שם: (אות ח) ע"פ תוספתא וכמה ראשונים, מקור גדול לדינו דרמ"א הנ"ל דאוסר למנות שליח בכתב: (אות ט) איזה חילוקים במינוי שליחות בכתב, וראיה מר"ן קידושין: (אות י) לייש דברי בה"ג התמוהים, אי למיכתב גיטא במנא ולומר לכותי אמטי חד מנא לישראל פלוני, ראיה לתה"ד בחק תוכות גבי בן יעקב עד: (אות יא) העיר היכא דהרשאה והקיום מבה"נ לא היה על הגט, פלפול בפלוגתא שבין הרשב"א והריב"ש, אי הרשאה הוי קיום, ומנהג הנכון בשליחות הגט ע"י בי דואר, [ועיין בתשובת אמונת שמואל סי' י']:

סימן לח בענין הנ"ל: (אות א) קושית רב אחד על הש"ע (סי' קמ"א סעיף ל"ה) מירושלמי גיטין, [וכבר הקשו האחרונים כן], תירוץ מרווח בזה: (אות ב) לפרש לו דברי ר"ן נדרים בככרי עליך ונתנו לו במתנה מי מעל:

סימן לט תשובה בדיני גיטין באחד שציוה לסופר לכתוב ולעדים לחתום ומינה שליח על הנתינה, וקודם נחתמו מת אחד מעדי חתימה: (אות א) בסוגיא דאומר אמרו ובתוס' שם ד"ה הא כתב הגט: (אות ב) מברר דמלד זכיה ל"א, עפ"י רשב"א נדרים בתורם משלו על ש"ח, ואיזה חילוקים בזכיה אימתי בעינן גילוי דעת מעיקרא ומהני או ל"מ או לא בעינן, לתרץ שיטת תוס' בשליחות בכתב דמהני: (אות ג) פירוש מרווח בתוס' גיטין (דף ע"ב) ד"ה קולו בראייתם מתנו גט: (אות ד) בגיטין בוודאי פסול אם נעשה שינוי בשליחות, ישוב לקושי' הקצוה"ח (סי' כ"א) בשם בנו ז"ל, על הירושלמי ממשנה דכולכם: (אות ה) השגה על השואל מר"ן כתובות בקטינא דארעא, ופירוש ע"ד ר"ן שם, הערות מתוס' חגיגה בח"ע וחצי ע"ח דחייב בראיה: (אות ו) היכא דעשה השליחות דרק בדיעבד מהני מעשיו ל"ה שינוי וכמה ראיות ע"ז:

סימן מ בדיני גיטין: (אות א) בדברי רמ"ה וב"ש (סי' קמ"ד) בזמנו של שטר מוכיח עליו, הרחיב בזה ע"פ מחלוקת הפוסקים בשכ"מ שהקדים כל נכסיו, וסברתם: (אות ב) להבין דברי רשב"א גיטין אי הלכה כר"י בזמנו של שטר, ישוב על כמה קושיות בסוגיא שם: (אות ג) ע"ד הרב השואל דבנתן לה נאמנות שלא פייסתי ל"ש סברת רמ"ה, דיחוי ע"ז דנפ"מ למפרע:

סימן מא תשובה בדיני גיטין בדבר אשה שהביאה מעשה ב"ד שנתגרשה ואינו מקויים: (אות א) במחלוקת הפוסקים באשה מביאה גיטה בלא קיום. ישוב לראיית הפנ"י ריש גיטין דבקיום בוודאי אם נשאת תלא, חידש דלהפוסקים דמעשה ב"ד א"צ קיום, דוקא היכא שהגט והקיום לפנינו, ויודעים אנו את שמות הדיינים במקום הזה הן המה כשמות החתומים על המעשה ב"ד: (אות ב ג) לייש את הרשב"ץ מתמיהת הט"ז עליו בש"ס קמ"ב: (אות ד) השגה על השואל שרצה לדמות עיגון ושעת הדחק לדיעבד: (אות ה) בדברי הגאון מהר"ש אייגר ז"ל בתשו' רע"א זצ"ל (סי' קע"ג), ונפקותא לדינא מזה: (אות ו) השגה רבה על בעהמ"ח ס' יהושע דנאמנת נתגרשתי בב"ד פלוני:

סימן מב בדיני חליצה באשה שילדה לט' חדשים מקוטעין ומיד מת הולד: (אות א) בדברי הפוסקים בזה: (אות ב) בירר בראיות דגם עובר יש לו חזקת חי: (אות ג) עוד צד היתר משום חזקה דמעיקרא, וא"מ ממקום למקום:

חלק חושן משפט

סימן מג בדיני קנס ועוד בכמה עניניס: (אות א ב) בדברי ראב"ד דבחצי נזק מחוייב בהודאתו רק שאין כופין אותו, וראיות מפוסקים ע"ז, מברר כלל חדש בדין זכיה למפרע, ומקורו הערה מסוגיא דאחריך, משיטת הרי"ף ובעה"מ ורמב"ן שם, ובסוגיא דלמפרע הוא גובה, ומזה הכרח לדינו של ראב"ד: (אות ג) חילוק לכלל זה אי הוי בתורת שיור או תנאי: (אות ד) שלא יקשה ע"ז מריש האומר בקידושין: (אות ה ו) מזה יצא לבאר מחלוקת רב אלפס ותוס' למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו, וחזר קודם דמטו לידו, הערה בקנין סודר, ובישראל שהלוה לא"י על חמצו: (אות ז) שלא יקשה על ס' מלחמות ה' דבמטלטלי גם לאביי ל"א למפרע ה"ג מדינא דאביי גופא, ביאור בתוס' גיטין (מ') ולתרץ קושיית הפנ"י שם: (אות ח) הרחיב בכלל הנ"ל לתרץ שיטת הרמב"ם במקדים מעשה ידי אשתו, ובשקלא וטריא דש"ס גיטין ריש פ' הזורק: (אות ט) בשיטת תוס' ב"ק (ל"ג) דמחלקים בכלל הזה בין בידו דאידך לבטל או לא, ובתוס' שם (ק"ח) דאינו פטור בקנס רק בהודה בפני התובע, [ועיין בקצוה"ח סי' פ"א ס"ק י']: (אות י) בדברי קצוה"ח (סי' ש"ג) במודה בקנס ואח"כ העידו עדים בב"ד אחר. לייש השגות נתיבות ועוד קושיות עליו: (אות יא) בדברי ר"ן קידושין דבשטר ראיה קונה למפרע אי מטי לידיה בסוף: (אות יב) הערה באחריך. הוסיף לבאר את החידושי דינים שחידש לעיל בסימן זה:

סימן מד בשמעתא דפכ"ז ב"ק דף ע"ו ובש"ע סי' א': (אות א) לבאר היטב שיטת ר"ת דתפיסה מהני רק בשעת ההיזק, עפ"י דברי שמ"ק ב"מ דבמעכשיו ולאחר ל' בעינן דווקא בעומד באגם כל הל' יום, ומש"ה דווקא להמזיק עצמו מהני תפיסתו: (אות ב ג ד) במחלוקת הראב"ד ורמב"ן, בזה"ז במודה בקנס ואח"כ באו עדים. מיישב קושיית הש"ך על הפוסקים דבהודאתו לבד מחוייב בזה"ז. תמה ע"ד קצוה"ח שם מרשב"א קידושין במקדש בלא עדים:

סימן מה בסוגיות הש"ס דריש סנהדרין ופ' החובל: (אות א) בפירוש רש"י בהודאות והלואות, ובקו' הט"ז שם, ונפ"מ לדידן לחיוב שד"א: (אות ב ג) הערה לשיטת הרמב"ן ור"ן דבזמן המשנה בעינן מומחין בגזילות וחבלה, מש"ס ריש סנהדרין: (אות ג) עוד הערה לפוסקים הנ"ל דלמה לא יהיה כל עדות בזה"ז עדות שאאי"ל, [ועיין בטורי אבן באבני שוהם במס' ר"ה]: (אות ד ה) בתוס' ד"ה שלא תנעל, פלפול בדברי מהרי"ט שחידש, היכא דסיבת האונס לא שכיח ועלם האונס שכיח, מיקרי שכיח, ובנמו"י נדרים, ובזה תירץ את הסמ"ע (בסי' א') מתמיהת קצוה"ח, ישוב לקושיית הנו"ב על תשובת הרשב"א גבי פלגינן דבורי'. לפרש סוף דברי תוס' סנהדרין, ובשיטת ס"ח היכא דחב לאחרים מקבלים מגזלן: (אות ו) ביאור רחב בנמו"י ריש החובל, בהקדם ד' הא"ש דמה"ת שבחא דנגזל הוא:

סימן מו בש"ע סי' א' ובאחרונים שם: (אות א ב ג) בדברי הש"ך וקצוה"ח אי דנין נזקי אש ובור, חידש דבקנס ל"מ קבלה בפני הדיוטות וראיות ע"ז מרמב"ם ופוסקים, ועפ"ז מפרש היטב סידור לשון המשנה ריש סנהדרין, הערה לפוסקים דבזמן המשנה דיני גזילות רק ע"י מומחין: (אות ד) ישוב על שני קושיות תומים שם על המרדכי, תמיה ע"ד הנתיבות שם, בכללא דשליחותייהו עבדינן, הציל את הקצוה"ח מ"ש שם גבי שבועת היסת

היסח מהשגת נתיבות עליו : (אות ה) בדברי קצות ונתיבות אי מהני מיגו בקנס בזה"ז : (אות ו) לתרץ קושיית תומים שם (ס"ק ה') בשיטת הרמב"ם במוכר עבדו לעכו"ם, פלפול נעים בשיטת הרמב"ם וטור בשליחותייהו עבדינן, ישוב על הטור יו"ד דרק עבדים משוחררים שחיטתן כשרה, וביאור ביליד בית דמילתו דוחה שבת, ובסוגיא דשבת שם :

סימן מז בש"ע סי' כ': (אות א) בדברי נמו"י סנהדרין בהא דמו"ע שלא מן הדין, ובש"ע סי' שפ"ח סעיף י' : (אות ב) בכוונת התוס' בחילול שבת אי ניתן להצילו בנפשו, ולתרץ קושית העולם בזה :

סימן מח פתיחה בדיני שיקול הדעת (נתיב א אות א ב ג) הערות בזיכה אה"נ דיאמר א"א בתק"ח, ובקבלת המלוה לדיין דלא יועיל (ועיין בנתיבות סי' כ"ה ס"ק ט'). ישוב לשון רש"י סנהדרין (ו') ד"ה דן את הדין, חידוש היכא שאחד קיבל את הדיין עליו והשני שותק דיש חשש נגיעה : (נתיב ב אות א) ליישב קושיית הראב"ד בתמים דעים דלמה בטעה בשק"ד הבע"ד אינו משלם, והדיין פטור (וכ"כ הקצה"ח כאן ס"ק ד) וראיות מראשונים ע"ז : (אות ב) שלא יקשה על קונטרס רח"י זצ"ל, במ"ש בטעם עדים זוממין חידוש הוא : (נתיב ג אות א) בירור בטעה בשה"ד דל"מ תפיסת השני, מחלק בספיקא דדינא ותפס מתי מהני תפיסת השני בחזרה, תירוץ לקושיית נתיבות (סי' א') על היש"ש בזה, עוד ע"ד נתיבות בתפיסה במטלטלי דיתמי, בסד"ד, או בקנס : (אות ב) לחלק בין טעה ופסק נגד תיקו או שטעה בפלוגתא או טעה בשקה"ד, וסברת דעבד כר"א עביד, וטעם דלא נפטר הדיין בטעה בשקה"ד מטעם קי"ל, (ועיין תומים סי' כ"ה ס"ק ב' וקיצור ת"כ סי' פ"ז וסי' ק"ח ס"ק י"א מ"ש בזה) : (אות ג ד) ליישב ברווחא דברי נמו"י בטעה בתיקו, מקושיית הש"ך : (אות ה) ישוב ע"ד תומים דדיין חייב בטעה בתיקו, מקו' אחרונים עליו : (אות ו ז) הערות בטעה בשקה"ד בקרקע, ובתו"ת דמהני תפיסה : (אות ח) בירור בראייות דבריו הקודמים :

סימן מט עוד בדיני שקה"ד: (אות א ב) חילוקי דינים בשיטת רש"י בקיבל עליה, וביאור בטעם החולקים, ע"פ פלוגתא אי בעינן תנאי כפול, ובדברי הש"ך בשיטתו : (אות ג) לפרש דעת התוס' בקיבל עליה בשני אופנים : (אות ד ה ו) להטעים היטב שיטת הרא"ש ובעה"מ בפטורא דקיבל עליה, אי הוי הטעם משום מילתא יתירתא או משום אונסא, ונפ"מ לדינא ביניהם, ופלפול בזה : (אות ז) לתרץ היטב תמיהות הש"כ על שיטת רש"י והאחרונים מובא בנ"י בקיבל עליה לדון ד"ת ובקיבל בסתמא, מירושלמי, תמה על פירוש הפני משה שם, ביאור בנ"י איזה דברים : (אות ח) ליישב לשון רש"י סנהדרין (ו') ד"ה דן את הדין : (אות ט) בדעת רש"י, ראיה דפוסק כר"ח, בדברי בעל העיטור בקושייתו על הרי"ף מריש שבועת הדיינין, כלל חדש בנו"כ ביד, ומזה העיר במשביע ע"א דפטור מק"ש :

בסימן נ עוד בדיני שקה"ד: (אות א) בדברי תוס' בכורות (כ"ח) גבי מי שאינו מומחה וראה את הבכור, ישוב לקושיית קדמון אחד על דבריהם שם, הערה בהשל"ע בלא ידע : (אות ב ג ד) תירץ את קו' הש"ך על שיטת תוס' בטעה בד"מ וליתא דהיהדר, על ב' אופנים. וראיה לסמ"ע בטעה בהוראה בד"מ במומחה וקיבלו, ולהשוות שיטתם בב"ק ובחולין : (אות ה) לתרץ קו' הרמב"ן על שיטת תוס' ממוכר שט"ח וחזר ומחלו, ועפ"י תוס' דהיזק שהוא מדרבנן הוי אינו ניכר : (אות ו ז) בתוס' ב"ק בסוגיין שלא הוכיחו פירושם ממשנה עצמה : (אות ח) ביאור בדברי ר"ן מס' עכו"ם, גבי חכם שאסר דל"מ התרתו דשני : (אות ט) במחלוקת הטור וש"ך היכא דק"ד ונודע טעותו קודם שפרע, לברר שיטת תוס' בזה : (אות י יא) שלא יקשה על תוס' מעשו תקנת נגזל במ', עוד בתוס' ב"ק שם : (אות יב) איך נוטה דעתם בפסק הלכה, כרב ששת או כר"ח :

בסימן נא עוד בדיני שקה"ד בדברי רבינו אלפסי בסוגיין: (אות א) פירוש בדברי קדשו דאמאי לא פירש בתירוצא דר' יוסף ור"ל כפירוש רש"י, עפ"י אשר חידש בדעת הרמב"ם דבו"ש וחזמ"ק ברי עדיף, דברי ע"י אחר אשר נשתבך בממון זה ג"כ מועיל : (אות ב ג) לתרץ קו' בעה"מ בראיית הרי"ף דהלכה כר"ח, מבכורות. לפרש לשונו דדינא דר"ח מקושר בהא דטעה בד"מ חוזר : (אות ד) הראה לדעת כי הרי"ף במתק לשונו רמז ליישב קו' בעל העטור עליו בפסקא דר"ח, משום היכא דנעשה רק גרמת ממון ע"י פס"ד שלו ק"ד אפי' לא נו"כ ביד : (אות ה ו ז) במה שדחה מהלכה דברי ר"י ור"ג, כיון דהלכה כר"ח, לפרש את בבא חמישאה, איזהו חילוקים בין מזיק לגזלן : (אות ח ט) לפרש את עומק שיטת חד מרבוותא שמביא הרי"ף, ולפרק ממנו את תמיהת הרי"ף, לפרש מאמר השליפי שלו, ובזה העיר על הש"ך (ס"ק כ"ד) בלא גמיר וקבלוהו אי קיים הדין בטעה ונו"כ : (אות י) דלמה לר"ש יהיה יפה כחו של דיין שטעה ממי שאין עליו שם דיין, והטעם, עפ"י שיטת רמב"ן שחולק על תוס' דאדם המזיק חייב גם באונס, ועיקר הדבר עפ"י ד' מלחמות ה' בהסוגיא : (אות יא) שלא יקשה על שיטת הרי"ף וסייעתו דגם לר"ש אליבא דר"מ פטור משום אילו הוי קמן, מס"ד דש"ס. תירץ את קו' תוס' בטיהר אה"ט דלמה מה שעשה עשוי ועוד דלמה ישלם מביתו : (אות יב) ליישב קו' תוס' בכורות (כ"ח) ד"ה לימא : (אות יג) ראיה קצת לשיטת הרי"ף בכללו :

בסימן נב עוד בענין הנ"ל, בדברי הבעל המאור בסוגיין : (אות א) בדברי קדשו בפירושא דרב יוסף ולתרץ השגת הרמב"ן עליו, עוד בדבריו שם : (אות ב) במ"ש בעל המאור בבבא תניגא, ראיה מפ"ק הוא להכריח בשני דינים כרא"ש בסברת קבלוהו דפטור הדיין : (אות ג) בבא ג' איזה הגה"ה בדברי בעה"מ, העיר לשיטת הרא"ש באין לו לדיין לשלם יחזור הדין : (אות ד ה) בבא ד' פלפול מבעה"מ פרק הגוזל בקרע כסותי דחייב, ושני תירוצים על קו' קצוה"ח (סי' כ"ה) בשיטת בעה"מ, הערה על קו' תוס' דלמה ל"ה מתנה עמ"ש בתורה גבי קרע כסותי ע"מ לפטור, עוד בדברי בעה"מ שם בחילוק שבין מזיק לנגזלן :

סימן נג עוד בענין הנ"ל : (אות א ב) בפירוש דברי מלחמות ה' בסוגיין, מיישב כמה קושיות אשר הקשו עליו. מבאר במחלוקת הפוסקים אם אדם המזיק חייב באונס גמור, ומה שדומה לגניבה, חידוש דבפשיעה חייב אפי' ע"י דיבור לכ"ע, מתרץ להראב"ד בא' נפשות דפטור, מורדף ששיבר כלים, מה שהקשה בפנים לעיל (בסי' מ"ט) מיישב כאן עפי"ד האס"ז ב"מ : (אות ג ד) לתרץ קו' קונטרס רח"י זצללה"ה על השגת הרמב"ן מכתובות דון דייני כר"מ, ישוב על בעה"מ ממשנה דמי שאינו מומחה וראה את הבכור : (אות ה ו) ליישב קו' הרא"ש ונמו"י על הרי"ף, מריש סנהדרין : (אות ז) פירוש דברי הרא"ש מה שהעלה דלא כר"ח : (אות ח) לפרש טעם באוקימתא דר"ח :

סימן נד בענין הנ"ל, עוד בדברי הראשונים שם: (אות א ב) במחלוקת הרשב"א, והטור, והכ"מ, בשיטת הרמב"ם בטעה בד"מ ונו"כ ביד וא"א להחזיר, מברר דבריהם מסוגיין, להבין את דעת הסמ"ע בד"מ במומחה וקבלוהו חייב : (אות ג ד) קושי' ופירוקא בשיטת הטור בנודע טעותו קודם ששילם ק"ד, מתוס' ורא"ש, הערה להחולקים עליו, דלמה הדיין אינו נוגע לעולם: (אות ה) לתרץ תמיהת הש"ך על רמ"א יור"ד (סי' רמ"ב) הביא את דברי הרמב"ן ותה"ד דנזירות ושבועה מועיל ע"י שליח :

סימן נה בדיני קרוב או פסול : (אות א) הערה על עיקר הדין דנמצא א' מהן קא"פ דל"א פ"ד, וסברא לחלק בזה : (אות ב ג) אם הכשרים א"י בצירוף הפסול רק נודע ע"י הודאת בע"ד, היכא בשטה שהעידו נעשו קרובים ונודע אח"כ : (אות ד) מיישב דעת היש"ש מובא בש"ך (סי' ל"ב) בכוונה ישרה, והערות חדשות בנאמנות עדים ועבירת לאו דלא תענה, (ועי' בתומים סי' ל"ג סק"ח) : (אות ו) לתרץ קושיית העולם על דינא דקא"פ מהא דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ דמי : (אות ז ח) לבאר היטב שיטת הרי"ף בהלכות ובתשובה באם לא ידע הכשר בפסולו של חבירו, לפרק ממנו את קושיית הראשונים : (אות ט) הערה בנמצא א' קא"פ והעידו לפני אינן מומחין למה לא יוכל לומר א"א בתק"ח: (אות י יא) ליישב דברי רש"י בטעמו של ר"י משום דכתיב והצילו העדה. ליישב מה שפירש רש"י בקא"פ בעינן נמי תכ"ד :

סימן נו ליקוטי חידושים הנוגעים לש"ע סי' ע"א : (אות א) במיגו כנגד נאמנות והיכא שתמיד יהיה לו מיגו, תמה על דברי נתיבות שם : (אות ב ג) במחלוקת שבין ה"ר משה הלוי ומהרי"ט במיגו שכנגד נאמנות ומיגו דהפה שאסר ולבאר סברתם, ליישב תמיהת קושית קצה"ח על המרי"ט, עוד בזה להשוות הדינים לדידן : (אות ד) בתוס' ריש גיטין בנפ"מ אם טענינן מזוייף או פרוע במיגו דמזוייף ובמהר"ם לובלין ובפנ"י שם :

סימן נז ליקוטים בדיני מלוה על המשכון : (אות א) בכוונת התוס' דכנגד המשכון חשיב כאלו פירש : (אות ב) ליישב סתירת הרי"ף דבדמי אבידה הוי שואל ובמעות מותרין הוא ש"ש, ותמיהת תוס' ב"מ דלמה ל"ה לוה עלייהו עפ"י תשובת הר"ן בשואל ספר : (אות ג) לפרק את קושית האחכ"ל על הש"ז וש"ך במעות מותרין דנותן אחרים תחתיהם אפי' בלא הוציאם, עפ"י ליטב"א קידושין דמה"ת מלוה ברשות בעלים לחזרה הוא : (אות ד) בדברי רב"י שפירש דרבה וודאי תנאי הוא, ובשני קושיות התוס' עליו : (אות ה) ע"ד הרא"ש התמוהים דפוסק כרבה ושמואל, וס"ל באחריות גניבה חייב לבער, מסוגיא דהרהינו, ותירץ בשני אופנים : (אות ו) בתירוץ קושית תוס' ממודר הנאה מחבירו : (אות ז ח ט) בפלוגתא שבין הסמ"ע וש"ך בטוען הלוה ברי שהמשכון ברשותו ואין לו מיגו, בדברים אמתים ונכונים, ושלא יקשה על הש"ך וש"ע מר"ן בסוגיין : (אות י) לתרץ קושית תומים על הש"כ דבטענת המפקיד ברי ליתא לשבועת שומרים :

סימן נח ליקוטי חידושים לש"ע סי' ע"ה : (אות א) ליישב ברווחא קושית האס"ז על תוס' ב"מ מפני מה אמרה תורה : (אות ב) עוד בדברי תוס' אלו : (אות ג) שם בתוס' ד"ה בכוליה בעי דלודי על קושית חידושי מרן רע"א זצוקלה"ה : (אות ד) שלשה תירוצים על קושית הגאון מוהר"ז זצ"ל מפראג בשבועות בהכל מודים בע"א דר' אבא, הביא ראיה דמחילה מהני בע"כ : (אות ה ו) בתוס' כתובות אי רב הונא ור"י א"ל מתוך שאיל"מ, ליישב קושית הר"י הלוי בטענו בש' עפ"י עד, בדברי התומים בש' פרעון קודם הלואה, [וכ"מ בש' ברית אברהם חו"מ סי' ז' אות ו] : (אות ז ח ט) לתרץ קושית האחרונים בא"י א"פ ולא הו"ל למידע, ובמתוך, עפ"י נקודה נפלאה מרמב"ן בכללי מיגו, פלפול בזה בסוגיא דשלים, ובבעה"ת במלוה אומר שטר אמנה וחב לאחרים רק במקלת השטר : (אות י) בש"ך סי' ע"ה בתבעו מאה והוא אמוד רק על עשרה וחבירו הודה לו באחד וטען א"י על השאר, מנמו"י ריש ב"מ : (אות יא) ברמב"ן היכא דא"י לנבות מלקוחות ל"ה ש"ק, קושיא ופירוקא, הערה חדשה דמיגו להוציא לסלק מיגו של המחזיק אמרינן :

סימן נט בדיני שכיר בזמנו : (אות א ב ג) ליישב קושית הר"ן למה מדמה הש"ס ש"ש לשכיר, וקו' הרא"ש על הר"י מיגאש, וקו' האחרונים על רבינו אשר, ועוד כמה קושיות בסוגיין, ולתרץ קו' קצוה"ח על בעה"מ דבמפקיד בשטר נאמן מה"ת החזרתי בל"ש במיגו דנאנסו, עפ"י פלפול בפלוגתא דרבי ור"נ אי מה לי לשקר כעדים או כחזקה, ואי חזקה מהני לפטור משבועה, ראיה בבעליו עמו חייב שבועה שא"ב ועל ש"י : (אות ד ה) ליישב עפ"י דברים הקודמים קושי' הראשונים דלמה קי"ל ש"ש אפי' בלא שטר, קושי' האחרונים בדברי רבה דלמה לא תירץ משום ס' מלוה ישנה, גם מדוע לא אמר מעיקרא משום איסתמוטי : (אות ו ז) בירושלמי שבועות בהקדיש לו שכרו, פירש בשני אופנים, הביא מבעה"ת במע"פ ות"ז והמלוה פוגם במקצת נאמן הלוה : (אות ח) ליישב קושית העולם על הר"ן גבי המלוה חבירו בעדים, מסוגיא

זאת

זאת ומקידושין בהן הן שלוחיו : (אות ט י) לתרץ שתי קושיות העולם בפירכא דש"ס ש"ש דחייב רחמנא היכא מש"ל :

סימן ס עוד בענין הנ"ל ובדיני דאומן קונה בשבח כלי : (אות א ב) לתמוה על הש"כ (סי' ש"ו) ביישוב דעת הגאונים : (אות ג ד) תירוץ דברי רמב"ן דמפרש לברייתא כמ"ד אומן קונה בש"כ , מקושית תוספות עליו , וקו' תוס' שם דהרי עבר על ב"ת , תמיה ע"ד קצוה"ח (סי' ש"ו) בזה , ובסי' ע"ב ס"ק כ"ג מה שמשיג ע"ד הב"ש אהע"ז : (אות ה ו ז) פלפול ברמ"א אהע"ז (כ"ח) דגם באומן שייך קנין משכון , ליישב הקושיות על דעתו : (אות ח) לפרק מהרמ"א תמיהת הב"ש עליו מסוגיא דמקדש במלוה :

סימן סא בשור (ס"ס ל') בשם הרמב"ם במודה מעצמו שחבל בחבירו דפטור מנזק וצער וחייב בשבת ובושת וריפוי , ליישב את תמיהות הראב"ד והה"מ עליו :

סימן סב סג ליקוטי חידושים בסוגיא דתופס לבע"ח ובמעמ"ש , (אות א) בדברי רי"ף , שפוסק דתן שיחזור ל"מ רק שא"י לחזור , ליישב את תמיהת הראשונים על שיטתו , עפ"י יסוד מסוגיא דבדמים קנינהו : (אות ב) קושית רב גדול אחד שהקשה אותו בדינא דאמימר בהמפקיר עבדו ומת מהמוכר שט"ח ואפי' יורש מוחל , ותירץ לו וראיה מסוגיא זאת : (אות ג) להבין דברי הה"מ בראיותיו באם אמר המלוה זכי דמהני גם בחב לאחרים : (אות ד) הערה בסוף הסוגיא בדיני דרשב"ג מש"ס שבועות דאסור לעבור על השבועה מצער רעב : בסוגיא דמעמ"ש : (אות א) בתוס' שם דלא תקנו מעמ"ש רק היכא שיכול המומחה לזכות בשביל הנמחה , לפרק קושיית האו"ת וקושית תשובת מרן רע"א זצללה"ה : (אות ב) בתוס' ד"ה האומר תנו , ובתוס' ד"ה תנו דלא תקנו מעמ"ש בשטר , ליישב קושיית האחרונים בזה : (אות ג ד) ליישב קו' הש"כ על הריטב"א דבמעמ"ש יכול הנמחה לחזור , גם תירץ עוד על איזו קושיות , וקושיות הפנ"י על הרמב"ן דהוכיח דמכירת שטרות מה"ת, (ועי' במקנה קידושין מ"ז מ"ש ליישב ד' רמב"ן), חקירה בקידשה בפרוטה מלומלם שיש לו אצל חבירו :

סימן סד בדיני אפותיקי, (אות א) בדעת ר"ה גאון בשורו אפותיקי ומכרו ול"ל נכסי דגובה , קו' בעה"ת עליו מסוגיא דפרה וטלית , ועוד קו' מש"ס ב"ק, ישוב ע"ז בה"מ : (אות ב) לבאר דעת ר"ה גאון בהקדש ול"ל נכסי דאינו מפקיע מידי שיעבוד : (אות ג ד ה ו ז ח) ביאור היטב בתוס' יבמות (ס"ו) בעבדי צ"ב אם יוצאין בשו"ע לאשה , ישוב לקושיית מהרש"א שם , [ועי' באבני מלואים סי' צ' ס"ק כ"א] , להטעים ד' הירושלמי במכר נ"מ בחייה ומתה דל"ק הלוקח , קושיא על תוס' גיטין בהקדש מפקיע מידי שיעבוד מסוגיא דתקנת אושא ותירוץ ע"ז , עוד פלפול בתוס' שם , חידש דביורשים ל"א מפקיע מ"ש בעשה אביהם אפ"מ , [וצ"ע מלישנא דש"ע אהע"ז סי' צ"ח ס"ה ובתומים סי' קי"ז סק"ח] , מה שיש לתרץ קושיית תוס' מאילטלא , דחיה ע"ז מתוס' יבמות : (אות ט י) ליישב ד' מהרש"א התמוהים מסברא ומש"ס , שחידש באם הלוקח א"י לסלק במעות אמרינן למה"ג , ולהבינו על נכון : (אות יא) בסתירת התוס' אם לר' ישמעאל יכול לסלקו בזוזי :

סימן סה עוד בסוגיא זאת : (אות א) ראיה קצת לשיטת רש"י ותוס' דלר"ע אינו מכור לרדיא, מירושלמי דשביעית : (אות ב) תירוץ קושיית קצוה"ח (סי' ק"ז) על שיטת תוס' אלו , ועפ"ז מיושב קו' קצוה"ח (סי' רמ"א) בסתירת הריטב"א במתנה עמ"ל לי ושיעבדו לבע"ח : (אות ג) בסברת תוס' דבקנס אמרינן למה"ג לאביי הגם דלא נתחייב עד העמדה בדין , [ועמ"ש בפנים סי' י"ב א"כ] : (אות ד) ליישב קושיית קצוה"ח בסתירת ד' תוס' ב"ק אי גובה מיתמי בעשה שורו אפותיקי ב' תירוצים בזה , [ועי' בשמ"ק ב"ק (י"א) ד"ה כגון וד"ה עשה ובתומים סי' קי"ז סק"ו] : (אות ה) אי באפ"מ יכול המלוה לכוף ללוה לתת לו מעות , [ועי' בתומים ר"ס קי"ז] :

סימן סו בדיני דאומן אין לו חזקה , (אות א ב ג ד) פירוש מרווח וברור בשיטת רשב"ם בדברי רבה , לתרץ כמה קושיות עליו , פלפול שם באל תחזירני אלא בעדים אי טענת לקוח ריע כמו החזרתי ונפ"מ לדינא : (אות ה ו) לתרץ קושיית תוס' ד"ה א"ה : (אות ז עד י) לבאר היטב דברי תוס' ד"ה המפקיד שם , ביש רואים דהשומר אינו נאמן , הוא רק בדברים שיש בהן דין שמירה : (אות יא) ישוב לאיזה קושיית העולם בפירכת הש"ס אי דאיכא עדים ל"ל ראה , פלפול במיגו להוציא נגד מיגו של הנתבע : (אות יב) חידש בהפקיד אצלו דברים שאין בהם דין שמירה והתנה א"ת אלא בעדים דא"צ החזרתי במיגו : (אות יג) בדברי קצוה"ח (סי' קל"ג) ונתיבות שם אי לקוח והזרה תרי מילי נינהו :

סימן סז בסוגיא הנ"ל : אות א עד אות ה) לפרש הסקלא וטריא דש"ס בהנותן טליתו לאומן , בדרך עמוק , ולתרץ את קו' קצוה"ח (סי' רנ"ו) על בעה"מ : (אות ו) בתוס' שם ד"ה אלא וברמב"ם במב"מ פרעון ושכרו שלא בעדים דנאמן בשד"א :

סימן סח עוד בסוגיא זאת : (אות א ב ג) לפרש דברי בעה"מ , ולהצילו מהשגת הרמב"ן : (אות ד) ליישב ד' מהר"י מיגאש התמוהים במה שהקשה על הרב בהלכות , גם לתרץ את הרי"ף מקושייתו : (אות ה) למה לא הובא בש"ע שיטת הרי"ף דאומן אינו נאמן לקוח במיגו , להמתיק דברי המלחמות שם :

סימן סט בדבר החזקות : (אות א ב ג) דעת הראשונים דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו , היתר ברור בזה , וראיה מתשובת רמ"א בחפיפה בלילה , וביאר דברי הרמ"א : (אות ד) עוד להוסיף בכחא דהתירא :

(אות ה ו) הערה חדשה שם , השגה על הנתיבות (סי' קנ"ד) :

סימן ע בדיני מעות קונות : (אות א ב ג ד) ליישב שיטת הרמב"ם

דפסק בנתן מעות של הקדש לישראל על חפץ דלא מעל , וקו' מח"א בסתירתו גבי תרומה , בדברי ריטב"א אי אמרינן הפב"ד בהפקעת חז"ל קנין מעות . יסוד חדש בתקנת חכמים דמעות א"ק עפ"י תוס' גיטין , בשכ"מ שכתב כל נכסיו לעבדו , בקו' צ"ל דלמה לא תיקנו שיהיה באחריות המוכר , לתרץ דעת הב"י דבהתנו בפירוש לקנות בכסף מועיל , שלא יקשה על הרמב"ם מאתקן , ותמה על האחרונים בזה : (אות ה) עוד על דברי הרמב"ם במעילה דרך עמוק בזה : (אות ו) קו' על תורת הבית להרשב"א דבהקדיש מעות משתמא נעשה לוה על המעות , מסוגיין דב"מ במעילה : (אות ז ח) תירץ על זה , ומזה יצא לפרק קו' הח"צ על הפוסקים במעות מותרין הרשות אצלו לתת מעות אחרים , מש"פ המפקיד , עוד תירוץ על זה , וכ"כ הנתיבות (סי' רנ"ב) ותמה עליו : (אות ט) בתוס' מסכת עכו"ם גבי בכורה :

סימן עא בדיני כליו של לוקח [חידושים מתחילת הסי' מכת"י אאמו"ר המחבר זצללה"ה נחסרו ונאבדו וזכיתי להביאם מכתבי אחד מתלמידיו המנוח המופלג מוה' יהושע העשיל משלוצין ממדינת רוסיא אשר העתיק לעצמו בעת למדו לפניו ועל הטוב יזכר שמו למזכרת עולם] : (אות א ב) ליישב דברי רשב"ם התמוהים דברשות מוכר מהני קיבל עליו , להבין ד' האס"ז גבי רשות המופקדין , וטעם בהקנה לו חצירו בשטר והשטר מונח בחצירו דלא קנה : (אות ג ד) ליישב קושיית הרמב"ן על הפוסקים דכליו ש"ל בר"מ או כליו ש"מ בר"ל ממנ"פ אחד מהם קונה , לפרש בשיטת הרמב"ן הברייתא דד' מיתות וקושיית הב"ש על רב ושמואל : (אות ה) תירץ שיטת בעה"מ דבמעורבים ל"ק גם ברשות לוקח , ממקומו מושכר לו ומדה בחבל : (אות ו) בלישנא דברייתא דעד שיקבל עליו ופי' רשב"ם שם : (אות ז ח ט) הערות בש"ד דש"ס דקרקע סימטא קונה , ובחצר השותפין , מיישב דעת הרמב"ם דאפי' במידה של מוכר קונה בסימטא בהגיע לרשם :

סימן עב עוד בסוגיא זאת : (אות א) לפרש ד' הכ"מ בכור בל' במידה שאינה ש"ש : (אות ב ג) חידש היכא דיכול לסלק הכלי קונה בדאמ"ג אפי' במפסיק כלי , תירץ את הרמב"ם בדרך רחב , מיישב קושיית הנתיבות בכליו ש"מ בר"ל דלא יקנה דמפסיק כלי , הערה בכליו ש"מ בר"ל והכלי גבוה עשרה דא"ק : (אות ד ה) קושי' בכליו ש"ל בסימטא דקונה מב"מ במשכנתא , [וכ"מ במח"א בקנין חצר (סי' י') שהניח בצ"ע] , תירץ ע"ז , בתוס' ד"ה כגון וקושיית מהרש"א שם , וקו' נתיבות דלמה מדמיק כליו ש"מ בר"ל לכליו ש"ל בר"מ דבכליו ש"ל משאיל לו הרשות : (אות ו) שלא יקשה להפוסקים במעורבים דל"ק מש"ס חולין גבי ד' פרקים : (אות ז) קושיא ותירוצא בשיטת ר"י דבכור בל' אינו קונה למפרע , מש"ס עכו"ם גבי יי"נ , עפ"י ר"ן שבועות באכליה לאיסורא והדר אכליה לתנאיה :

סימן עג בדיני חצר , הרבה קושיות בסוגיא זאת בעובדא דר"ג ור' יהושע ובפוסקים על הרא"ש דפוסק כר"פ בדאמ"ג קונה בחצר שא"מ מסוגיא דקידושין , ועל הרי"ף דס"ל לא כר"פ וע"ה א"מ מעובדא דר"ג , ולייסבם בחדא מחתא . חידש באין אדם מקנה דשלבל"ע דהחסרון הוא מחמת הקונה , וראיה לזה . ישוב קצת לד' רדב"ז במל"מ (פ"ה מה"א) בקידש בא"ה והיא חולה , השגה ע"ד נתיבות (ר"ס ר') :

סימן עד ליקוטי חידושים בדיני מתנת שכ"מ : (אות א ב) בדברי תוס' ב"ב בסוגיא דהמזכה לעובר ד"ה נכסי התמוהים מאד והאחרונים הניחו בצ"ע , לפרש כוונתם על נכון , תמיה על הלח"מ דבן הנולד לאח"מ אביו אינו יורשו למ"ד המזכה לעובר לכשתלד ל"ק : (אות ג) אם האב יכול להנחיל לבנו מלוה ע"פ של עכו"ם וכיוצא בו , דבר שאינו נקנה במתנת בריא , וישוב לדברי תשובת מהרי"ט ונתיבות מתמיהות הח"ס עליהם מתוס' ב"ב :

סימן עה תשובה למדינת בבל בדבר צוואת שכ"מ : (אות א) חכמים ורבנים משם העירו , דלרש"י ורשב"ם ל"מ מתנה ע"ת שלא יחזור , לכאורה ראיה לדבריהם מש"ס ב"ב ברפויי מרפיא ומר"ן ר"פ נערה המאורסה : (אות ב ג) הרבה בראיות דבדאמ"ג לא מרע מה דרפויי מרפיא , וראיה ברורה מהה"מ . בירר הדין בהפקר כה"ג :

סימן עו בענין הזה : (אות א) בדברים דל"ב קנין , ובזה מיישב דברי טו"ז או"ח בביטול ע"י שליח : (אות ב ג) מה שרצו חכמים אלו לבטל הצוואה ע"פ ד' מהרי"ט גבי ברירה , השגה עליהם בראיות נכונות , ועוד ראיה ממהרי"ט עצמו , ושני טעמים נוספים בזה , מיישב קצת קו' הראשונים דלמה תנאי ל"ש בברירה , [ועיין בת"ג דף ע"ב: ובנתיבות סי' ס"א סק"ג] : (אות ד ה) ע"ד קצוה"ח (סי' ס"א) ישוב ע"ד רבו של מהרי"ט דשיעבוד לכל מי שמוציאו מהני גם שאינו מבורר דשיעבוד עדיף מקנין מקו' קצוה"ח עליו בסי' ק"ב [ועיין בליקוטי הגהות והערות מ"ש עוד בזה] וממילא עוד טעם לנ"ד : (אות ו) עוד טעם חדש דל"ש לברירה , תירץ בזה קושיית הש"ך (סי' ל"ט סק"מ) :

סימן עז עוד בענין הנ"ל : (אות א) במה שרצו החכמים האלו לבטל עפ"י ד' מרדכי גבי קרקע ומטבע בחליפין דל"ק כלל , השגה ע"ז מירושה של ארץ ישראל לאאע"ה , ועוד השגה מהגהות מרדכי , וראיה מש"ס : (אות ב) פלפול בזה בנכסי לך ואחריך לפלוני ונתנו ראשון במתנת שכ"מ בדעת רשב"ם ונמו"י , חיזק הקושיא על הרמב"ם במתנת שכ"מ לא"י , (ועיין בשעה"מ פ"ט מה' זכיה ומתנה) : (אות ג ד) תירץ עפ"י שיטת הרמב"ם בהערמת רבית , העיר הקושי' על תשובת הר"ן גבי פעוטות שנתנו בנכסים מועטים , הוסיף להקשות בסוגיא שם (ועיין בקצוה"ח סי' רנ"א רנ"ב) תירוץ מרווח על ב' קושיית אלו : (אות ה) ביאור בדעות שבמרדכי בהקנה קרקע ומטבע בחליפין. ובסמ"ע (סי' ר"ג) ובזה השגה על החכמים הנ"ל , עוד תשובה ע"ד דגם על הנולדים מועיל : (אות ו) להטעים דברי הסמ"ע אלו עפ"י סברת הראב"ד גבי פלגינן דיבוריה , מבאר דעת הרמב"ם בזה בכמה מקומות ,

השגה

השגה עמ"ש בקצה"ח על הרמב"ם בכולכן מקודשות לי, מיישב היטב ד' רש"י בשותפין שגנבו ושותפין ששחטו, ובזה ראיה לשיטת הב"י בתופס לעצמו ולבע"ח במקום שחב לאחרים דמהני גם לבע"ח : (אות ז) ראיה לזה מנדרים גבי מתוך שהוא מפיר למתענה, (ועיין בזי"ר ח"א בדיני אין איסור חע"א א"ז שהאריך עוד בזה) : (אות ח) עוד ביאור במרדכי ובזה תשובה רביעית על דבריהם : (אות ט) קושיא על המרדכי הנ"ל מאיסר גיורא, תירוץ ברור ע"ז : (אות י) לפרש ד' הסמ"ע סימן רמ"ח, (ועיין בנתיבות שם סקי"א) וברשב"ם סוגיא דאחריך :

סימן עח עוד בדבר הלוואה הנ"ל : (אות א) במה שהניפו החכמים לבטלו משום ירושה אין לה הפסק : (אות ב) חקירה בדעת הרמב"ם בשכ"מ שנתן מעכשיו אי אמרינן דירושה אלה"פ : (אות ג ד) פלפול זכה, ישוב ע"ד הרמב"ם באומר הרי הפסקתיה די"ל הפסק מקושיית הריב"ש עליו : (אות ה) לברר דעת הרמב"ם במ"ש מקודש : (אות ו ז ח) ליישב קושיית המל"מ, דגם הרשב"א פוסק כהרמב"ם דל"א במתנת בריא ירושה אין לה"פ, בדרך עמוק : (אות ח ט) בירר הדין בעובדא הדין, לכל הפוסקים :

סימן עט תשובה בדיני נחלות, בנידון א' שלא נודע שהוא בכור רק ע"י אגרת מאביו שכתוב בו כחי וראשית אוני : (אות א ב) דלשון זה אינו מוכח לגמרי, ואפי' אם כותב בפירוש באגרת שהוא בכור ל"מ, וראיה ממקומו, ומסוגיא דיכיר, חידש שם בכללי מיגו : (אות ג) בלישנא דש"ע (סי' רע"ז) :

סימן פ פלפול בדיני נחלות : (אות א) בדברי רמב"ן ב"ב בסוגיא דראוי אי אשה גובה כתובתה מהמלוה בגבו מעות בזה"ז, וקו' קצוה"ח (סי' ק"ז) עליו, ותמוהים דבריו שם : (אות ב ג) ליישב עיקר ד' הרמב"ן מקושייתו של הקצות, עפ"י יסוד מסוגיא דאחריך, ובזה מיושב קו' מהרש"א פסחים סוגיא דהרהינו : (אות ד ה) עוד ב' אופנים לתרץ את הרמב"ן : (אות ז ח) פלפול נעים ברמב"ן ב"ב בעובדא דשבתא, מגיטין גבי קה"פ, מתרץ בזה קושיית הפנ"י בגבו קרקע :

סימן פא בסוגיא דשאולה ושכורה : (אות א) קו' חמורה בבבא דזה אומר שאולה וזה"א שכורה, והב"ש אחרון הניח בזה בתימה הפוסקים דאמרינן מיגו לאפמ"ש, לתרץ זה בדרך עמוק : (אות ב ג) פלפול ליישב ד' הנמו"י שהוכיח דשבועה של התובע על הגלגול ל"א מתוך, ודברי ר"ן התמוהים בראייהו דשבועת שמא של התובע גם כן מגלגלים, בשני אופנים : (אות ד) האריך להטעים לשון הש"ס בסוגיין דהקשה רק על ר"נ ולא לר' יוחנן, וביאר בא"י א"פ ויש חזקה מסייע ללוה, ראיה מחנוני על פנקסו, ובמחלוקת הפוסקים בחזקה שליה ע"ש : (אות ה) בסתירת דברי תוס' אי סומכוס קאי גם בשאלה היום ושכרה למחר : (אות ו ז) ביישוב דעת הרמב"ם דשומרים משעת משיכה מחוייבים, ליישב על פי פלפול קושיית מהרש"א על תוס' דאין מגלגלין כשהתובע טוען שמא, מביא ד' אמ"ז בטעם חיוב שומרים גם בכופ"ה (ועיין באמ"ז במשנה תד"ה שכר מ"ש בשם הראב"ד) : (אות ח ט) ליישב קושיית הלח"מ על הנמו"י בדעת הרמב"ם הנ"ל דשומרים משעת משיכה נתחייבו, ולפרק קושיית המ"מ על הרמב"ם דפוסק בפרה שאולה וטבחה בשבת פטור, יצא לחלק בנדר זכיה, אם זוכה מעכשיו על תנאי, או זוכה אחר כך למפרע, וראיה מירושלמי בבעל שמכר נ"מ ומתה דל"ק הלוקח, ומסנהדרין, (ועי' בב"ש סימן פ"ה ס"ק כ"ג בשם רש"י ורא"ש, ובהפלאה שם ס"ק י"א על קו' הב"ש), הערה בישראל שלוה לא"י על חמצו, הרחיב בזה בסוגיא דבטלו ולא בטלו : (אות י יא) לחלק בין קלב"מ ושיעבוד נכסי שומר לאחר מיתתו, ראיה מנמו"י באבו משוך חנו, ומש"ס מכות (ה'), הסביר טעם הרמב"ן והחולקים אי קיום התנאי דמי לא"י א"פ :

סימן פב עוד בסוגיא הנ"ל : (אות א) בתוס' ד"ה משכחת לה, ליישב קושיית התומים בקושייתם שם על הר"ת, ועוד קושיות, ובתוס' ב"ק (ק"ז) ד"ה עירוב פרשיות, ע"פ דברי אמ"ז דרמב"ח ס"ל גם כן עירוב פרשיות : (אות ב ג ד) באופן אחר ליישב כל קושיות אלו, ליישב ד' הר"ן ר"פ שבועת הדיינין, התמוהים מקו' התומים, באין נשבעין על ש"ק :

סימן פג בדיני גזילה : (אות א) קושיות בתוס' ב"ק (דף ע"ו) : (אות ב ג) ביאור ע"ד תוס' שם (ס"ז) גבי מעיקרא טבלא ומעיקרא חולין : (אות ד ה ו ז) פלפול במכר או הקדיש באחריות אי הוי שינוי רשות, ויישב בכמה מקומות בתוס' בזה, ובפנ"י, חידש לחלק בין הדיוט להקדש קה"ג : (אות ח עד יב) פלפול נעים ליישב הקושיות בריש הסימן, כוונה נפלאה בתוס' פסחים סוגיא דהואיל : (אות יג יד) הערה לר"ש דבעי אהני מעשיו גבי דו"ה, יישוב ע"ז, עוד תירוץ מרווח עפ"י דברי תוס' ומלחמות ה' בטעמא דיאוש וש"ר קונה : (אות טו) יישוב על קו' מהרש"א ופנ"י בתוס' מעיקרא טבלא : (אות טז יז) לתרץ דעת הרמב"ם דבהקדיש לעולם פטור מדו"ה, מש"ס ומברייתא : (אות יח) בדברי אמ"ז על מעיקרא תורא דשמעון :

סימן פד עוד בעניינים אלו : (אות א) לבאר דברי אמ"ז בהקדישו הנגזל והוציאו מהגזלן בב"ד דמהני ההקדש, בזה מיישב ד' רמ"א (בסי' רע"ז) דספרים הגנובים הוי מוחזק לגבי בכור : (אות ב ג) פלפול בזה לתרץ קו' הש"א (סימן פ"ע) על הרמב"ם בעושה חליה של עיר הנדחת דמותרת, ליישב קו' קצוה"ח בש"ס סנהדרין דלר"ש קדשים שחייב באחריותן ל"ה של שמים : (אות ד ה ו) לפרק קו' הקצות בתוספתא בשור של הקדש דהבעלים נותנין את נזקו, (וראיתי במנ"א על התוספתא, שפירש משום דקדשים קלים ממון בעלים הוא ומיירי בקק"ל, ועיין ברש"י ב"ק (י"ב:) ד"ה מחיים דגם לריה"ג דקק"ל ממון בעלים הוא, רק משום חיוב אחריות), סברא חדשה בגביות בע"ח או ניזק :

סימן פה בדין אין אדם אוסר דבר שא"ש בחו"מ (סי' שפ"ה) : (אות א) בדברי רש"י חולין התמוהים, בהגביה והרביצה לאוסר דשא"ש, ועוד כמה קושיות בסוגיין : (אות ב עד ה) ליישב קושיות אלו, ובדברי ר"ש מסכת כלאים, במה שהקשה על תוס' מהעושה מלאכה בפרת חטאת, איזה חילוקים בדין גזלן שבטעות בא לידו, (ועמ"ש בזה בסי' נ"א א"ו) : (אות ה ו ז) לפרש כוונת תוס' גיטין בסוגיין בד"ה מנסך, מיישב סתירת הש"ע אי אוסר באית ליה שותפות :

סימן א

בדיני תפלין

נשאול נשאלתי פה ירושלים עיר הקודשה תובב"א, מן הרב המופלג וכו' החכם השלם מהור"ר יודל נ"י.

על דבר הנהוג במקצת העיירות במדינת בבל אצל סופרי סת"ם שכותבין תפלין ואינם יכולים לאמן את ידיהם לכתוב השורות זו תחת זו בשוה בסופה, וכותבים בעיקום מצד אחד וכל השורות קצרות זו מזו בסופה, כענין המובא בש"ס גבי מזוזה (מנחות ל"א) ובלבד שלא יעשנה כקובה ובלבד שלא יעשנה כזנב. ושאלני להורות דעתי בזה ויושלח תשובתי להרבנים הגדולים דשם:

וכה תשובתי

נראה לפענ"ד לברר וללבן הדברים שעל פי דת תוה"ק גם גבי תפלין פסולין בכהאי גוונא כמו גבי מזוזה. ומתחילה נשיחה את הדברים שיש לדבר בכאן דהיתירא בתחלת העיון. איברא קיומא דמילתא נברר בעזה"י שפסולים הם. ולא נשאר אפס קצהו לאחוז בהנהו דהיתירא כלל וכלל:

א **כיון** דלא תניא בשום מקום בש"ס ופוסקים אלא גבי מזוזה מנא לן לחדש ולומר ולפסול אף גבי תפלין. שהרי לענין כמה דברים אינן שוין בהלכותיהן. א] לענין שרטוט דמזוזה צריכה שרטוט ותפלין אין צריכין שרטוט. עיין בש"ע אורח חיים [סימן ל"ב סעיף ו'] ובש"ע יורה דעה [סימן רפ"ח סעיף ח']. ב] תפלין על הקלף מזוזה על הדוכסוסטוס. עיין בש"ע או"ח [סי' ל"ב סעיף ז'] ובש"ע יו"ד [סי' רפ"ח סעיף ו']. ג] כתבה על שני דפין פסול במזוזה. עיין מנחות פרק הקומץ רבה [דף ל"ג ריש עמוד א'] אמר רב יהודה אמר שמואל כתבה על שני דפין פסולה [דהיינו בשני עורות וכפירוש התוס' שם]. וגבי תפלין איתא שם להדיא [בדף ל"ד:] תנו רבנן כיצד כותבין, תפילה של יד כותבה על עור אחד. ואם כתבה בארבע עורות וכו' יצא. ועיין בסוגיא שם דר' יהודה חזר לגבי ר' יוסי דאין צריך לדבק. וגבי מזוזה דילפינן כתיבה מסוטה כמו שכתבו בתוס' שם [דף ל"ד עמוד א'] ד"ה נאמר וכו' דילפינן גזירה שוה מסוטה. וגבי פרשת סוטה מבואר בתוס' שם [דף י"ז סוף עמוד ב'] בד"ה כתבה על שני דפים וכו' וזה לשונם בתוך הדבור [בדף י"ח] ודומה כאילו גט שכתבו על שני דפין ותפרו יחד דפסול. ועיין בשלחן ערוך אבן העזר [סימן ק"ל סוף סעיף ז'] בהגה"ה ובבית שמואל שם [סעיף קטן ח']:

איברא במנחות [דף ל"ב ע"א] בתוס' ד"ה דילמא להשלים. לתירוץ קמא שגם לגבי מזוזה [והוא הדין לגט ופרשת סוטה] מהני תפירה. ונראה פשוט דלא פליגי דהתם דפסלו גבי גיטין והוא הדין למזוזה ופרשת סוטה איירי היכא דניכר התפירה. שהרי כן נראה בעליל מהמשך דבריהם שם במס' סוטה. וזה לשונם שם קודם לזה. כדתנן דיבק שברי שופרות פסול. מפני שמתחילתו לא היתה ברייתן בבת אחת וניכר התוספת ולא מהני חיבורו ודומה כאילו גט שכתבו על שני דפין ותפרו יחד דפסול. עד כאן לשונם. הרי דקאי בגוונא דניכר. אבל התם במנחות דצריכין לדחוקי לאשכוחי גוונא גבי ספר תורה ותפלין שבלו. דעל כרחו איירי בלהשלים. דהיינו שתפרו או דיבקו באופן שאינו ניכר כלל. וגם בזה משמע לתירוץ בתרא שם דאפילו בכהאי גוונא פסול גבי מזוזה [ופרשת סוטה וגט]. וזהו טעמא דהרמ"א שם בהג"ה דכתב שהוא ספק פסול. דאיירי באינו ניכר כלל ואפילו הכי פסול. מספיקא דשני תירוצים של רבותינו בעלי התוס' במנחות הנ"ל:

נהדרין למילתא דקמן דבתפלין כשר בד' עורות אפילו לא דיבק. וגבי מזוזה פסול לכולי עלמא [אפי' בדיבק] היכא דניכר. הרי דלא מדמינן תפלין למזוזה. וכן פסקי' בש"ע או"ח [סימן ל"ב סעיף מ"ז] במחבר. ובש"ע יו"ד [סי' רפ"ח סעיף ד']:

ד] גם יש לדון לצד היתרא. כיון דאפי' גבי ספר תורה דחמורה מכולהו כשרה בדף אחרון. אם מקצר השורות והולך עד סוף הדף ועשאו כזנב. עיין בש"ס מנחות [דף ל' ריש ע"א] הכותב ס"ת וכו' לא יגמור בחצי הדף אלא מקצר והולך. ועיין שם פירוש רש"י דמקצר ראשי השורות משני צדדים ועשאו כזנב. ומוכח דגם בכהאי גוונא מיקרי כתיבה. שהרי בספר תורה מקרא מלא דיבר הכתוב כתבו לכם וגו'. מכל שכן גבי תפלין דלא כתיב בהם כתיבה כלל:

ועתה ננקוט בקצרה. דהיינו טעמא דבכל הני גווני דלעיל דפסולין במזוזה וכשרים בתפלין. משום דגבי מזוזה דכתיב בי' וכתבתם וילפינן כתיבה כתיבה מסוטה דכתיב ביה בספר [כמבואר שם בסוגיא]. מה שאין כן גבי תפלין דלא כתיב בהם כתיבה כלל:

ה] גם יש לדון קצת. דכיון שגם במזוזה לא נתבאר בהדיא בש"ס ופוסקים דאם עשאו כזנב מצד אחד דפסול. רק בעל הש"ך המציא כן [בסימן רפ"ח סעיף קטן ו']. והבו דלא לוסיף עליה לפסול גם גבי תפלין אפילו בכהאי גוונא:

ב **איברא** לקושטא דמילתא נראה לפי עניות דעתי דאין להיתרים האלו יסוד ושורש וענף כלל וכלל. שהרי בעל כרחך צריכין לומר על פי ראיות ברורות שכל מה שפסול במזוזה. משום דילפינן בגזירה שוה כתיבה כתיבה מספר תורה. או מפרשת סוטה דכתיב ביה בספר. הדר ילפינן תפלין ממזוזה מהיקישא דוקשרתם וכתבתם. וכמו דאיתא בגיטין [דף מ"ה:] דכל שאינו בקשירה אינו בכתיבה. וכן איתא להיקישא זו במנחות [דף ל"ג ע"א ול"ז ע"א]. הוא הדין נמי להיפוך. דכל מה דפסלינן בכתיבה גבי מזוזה משום דילפינן גזירה שוה מסוטה דכתיב ביה בספר. הוא הדין נמי דפסול גבי קשירה דתפלין. וכן איתא להדיא בכמה דוכתי. עיין בש"ס כריתות [דף ה' סוף ע"א] ותיהדר קטורת ונילף משמן. מה שמן כי מפטם לאלאין פטור וכו' עיין שם. אלמא דילפינן נמי להיפך. גם עיין בתוס' מנחות [דף ל"ג:] תוך דיבור המתחיל הא מורידין עושין וכו'. וזה לשונם וקצת תימה דבסמוך ילפינן מזוזה מס"ת בגז"ש וכו' ואמאי לא ילפינן מינה ס"ת ממזוזה וכו' עיין שם. ומקודם נבאר ראיות ברורות ליסוד זה. ואחר כך יתבאר במאי דמקילין בגוונא דלעיל גבי תפלין יותר מגבי מזוזה על פי טעמים נכונים וישרים:

ג **תדע** דאי לא תימא הכי. מנא לן דתפלין אינם נכתבים אלא על הספר ובדיו ובאשורית וכתיבה תמה. שהרי גבי מזוזה גופא היה כשר על אבנים לולא דילפינן מכתיבה דברוך בן נריה דכתיב ביה על הספר ובדיו [עיין מנחות דף ל"ד ע"א]. ואין לומר משום דהלכה למשה מסיני דתפלין על הקלף ובדיו. [וכמו שכתב הרמב"ם פרק א' מהלכות תפילין הלכה ג']. דעדיין תקשה [באשורית] מנלן, ועוד שהרי גם מזוזה פסול על הגויל מהלכה למשה מסיני [שם ל"ב] ואפילו הכי הוה אמינא דכשירה על האבנים לולא הגזירה שוה הנ"ל. אלא ודאי צריך לומר דדוקא היכא דכתבה על העור. הוא דפסולה מצד הלכה למ"מ על הגויל. אם כן גבי תפלין דליכא גז"ש מנא לן דפסול על הלוח ועל הנייר. אלא ודאי דהדר ילפינן ממזוזה בגז"ש דוקשרתם וכתבתם:

ועוד ראיה ברורה לזה. ממאי דמקשינן בש"ס מנחות (דף כ"ט ע"א) שתי פרשיות שבמזוזה ואפילו אות א' מעכבן וכו'. פשיטא. ופירש רש"י שם דכתיב וכתבתם דבעינן כתיבה תמה. ושם (דף ל"ד סוף ע"א) מקשינן גם על ד' פרשיות שבתפלין כן. פשיטא. ומשנינן

כמו

כמו גבי מזוזה. הרי להדיא דאע"ג דלא כתיב ביה כתיבה ילפינן ממזוזה מהיקישא דוקשרתם וכתבתם. ואין לומר משום דכתיב ביה הוי' כמש"כ רש"י במנחות. דזה קאי על מנין הפרשיות עצמן. שהרי אחר כך מליין רש"י עצמו על אות א'. ועוד דלמסקנא קאי על מוקף גויל קשיא להיפך מנא לן כיון דלא כתיב ביה כתיבה כלל. ועוד ראיה מדברי ירושלמי מגילה. מובא בתוס' (דף ל"ג) כתבה על שני דפים דפסול. והוא משום דילפינן מסוטה. ופסול גבי מזוזה ותפלין. ובעל כרחו משום דילפינן היקישא מוקשרתם וכתבתם:

איברא דברי הירושלמי צריך ביאור שהרי תניא להדיא דבתפלין אפילו בד' עורות כשר, ואין צריך לדבק כדאיתא שם להדיא (דף ל"ד) דר"י חזר בו לגבי ר' יוסי. איברא נראה פשוט דהא דפוסל בירושלמי איירי בפרשה א' שכתבה על שני עורות. והא דמכשרינן בברייתא היינו שכתב פרשה שלימה על כל עור בפני עצמו. אע"ג דגבי מזוזה פסול בשני עורות אפילו בפרשה שלימה על כל עור בפני עצמו, דילפינן מספר דגבי סוטה. היינו טעמא דכיון דגבי תפלין לא כתיבא כתיבה בתורה. רק דילפינן בהיקישא דוקשרתם וכתבתם דגבי מזוזה. משום הכי היכא דכתב פרשה שלימה על כל עור ועור בפ"ע אזי מסתבר ביותר דיש ללמוד תפלין של יד מתפלין של ראש דכשרין לכתחלה בד' עורות. ולא נילף ממזוזה ליפסל. אבל היכא דכתב פרשה אחת על שני עורות. אזי באמת בין בתפלין של יד ובין בתפלין של ראש פסולין מהיקש דוקשרתם וכתבתם:

ד **ובזה** מתורץ קושיית הבית שמואל (סימן ק"ל סעיף קטן ח') דמאי שנא גבי גט דלא מהני דיבוק ותפירה, וגבי ד' פרשיות דתפלין של יד דמהני דיבוק. למאי דסבירא ליה לר"י מעיקרא. דשאני ושאני דגבי תפילין אי אפשר לפסלן. משום שני ספרים דיותר יש לדמות תפלין ש"י לתפלין ש"ר. רק מלד והיה לך לאות כשם שאות אחת מבחוץ כו'. הרי דבדידיה תליא מלתא. וכיון דאינו ניכר הרי ליכא אלא אות אחת. אבל בפרשה אחת שכתבה על שני עורות. וכן בגט ופרשת סוטה. דפסול משום שני ספרים. מה בכך דאינו ניכר כיון דלקושטא יש בו שנים. ורחמנא בעי רק ספר אחד. ובזה נסתלקה ראיה הנ"ל [באות א' אות קטן ג'] משני דפים. ואדרבא משם ראיה להיפך. שהרי פרשה א' פסול בשני עורות. בין בתפלין ש"י בין בתפלין ש"ר. והיינו משום דילפינן מהיקישא דוקשרתם וכתבתם. דכמו דפסול במזוזה משום דילפינן כתיבה כתיבה מפרשת סוטה דכתיב בספר. ילפינן נמי תפלין מהיקישא דוקשרתם וכתבתם. רק דבכל פרשה ופרשה לחודא. כשירה גם בתפלין של יד על עור בפני עצמו. משום דיותר מסתבר ללמוד מיניה וביה מתפילין של ראש:

ה **איברא** דברי תוס' הנ"ל בראייתם מירושלמי דדוקא בשני עורות הוא דפסול ולא בשני דפים. ודלא כרש"י. צריך עיון. שהרי מירושלמי מוכח להיפוך. וזה לשונו שם מגלה (דף ו"ו) ולמה לא אמרן יש בספרים מה שאין בתפלין ומזוזות שהספרים נכתבים בשני דפים. ותפלין ומזוזות אינם נכתבים אלא בדף אחד. התיב ר"י כו' דרבה [פירש המפרש. גדולה מזו היה לו להקשות] שהספרים נכתבים בשני עורות [פרשה א'] ותפלין ומזוזות אינם נכתבים אלא בעור א'. אמרין חבריא. נאמר דף א' בשני עורות לית הא דרבה [וכי אין זה גדולה מכולן] אמר לון שכן אפילו ספרים אינם נכתבים כן [בדף אחד בשני עורות אפילו ספרים אינם נכתבין] עכ"ל. הרי להדיא דקושיא ראשונה קאי על שני דפים בעור א'. והוא כפירוש רש"י. רק שהקשה אחר כך דגדולה מזו היה לו להקשות. דגבי ס"ת כשר אפילו בשני עורות, וכבר הניחו דברי תוס' בתמהון גדול. וקא איתא במרדכי שמביא ראיה מירושלמי לפירוש רש"י:

ולפי עכ"ד נראה דיפה כיוונו בראיה זו לאסורה. שהרי בקושיא שניה שהקשה בדרבה מיניה. הקשה בסתמא משני עורות. דבס"ת כשר ובתומ"ז פסול. מנ"ל דקשיא ליה משני עורות בדף א' דלמא בשני דפים בפרשה א' הוא דקשיא ליה, דבס"ת כשר אפי' היכא דניכר התפירה להדיא. מה שאין כן בתו"מ. דאפילו גבי תפלין פסול פרשה א' על שני עורות. ושוב לא שייך התירוץ שכן אפילו ספרים אינם נכתבים כן. ומאיזה הוכחה הכריחו חבריא דקושיא קאי על דף א'. אלא ודאי שהוכיחו כן מן המאוחר על הקדום. דאי לא תימא הכי. הייתו קושיא ראשונה שהקשה מעיקרא מב' דפים. דבעל כרחו איירי בשני עורות. דאי בעור א'. גם בתו"מ כשרים. וכיון שכבר הקשה בשני דפים בשני עורות. ממילא נשמע דבעל כרחו מה שהקשה אחר כך ברבה מיניה. הייתו בשני עורות ודף א'. ועל זה תירץ לו שפיר. דאם כן גם בס"ת פסול כהאי גוונא ועיין. וזה ברור ונכון. האריכנו מזה מענין לענין באותו ענין. בכדי שלא נוציא מתחת ידינו דבר שאינו מתוקן:

ועוד מלאנו שכן כתבו התוס' להדיא. דגם בתפלין בעינן ספר. עיין שבת (דף ע"ט) בד"ה קלף. וז"ל יקשה דא"כ פסול לכתוב עליהם ס"ת ותו"מ דבעינן ספר ולהכי פסול כו' עכ"ל. הרי אע"ג דלא כתיב בתפלין גופיה לא כתיבה ולא ספר. אלא בעל כרחו צריך לומר דילפינן ממזוזה מהיקישא דוקשרתם וכתבתם:

עוד ראיה ברורה ממס' קידושין [ל"ד ע"א] דמקשה שם להדיא וניקוש תפלין למזוזה. רק דמשני התם דיותר נכון לאקושי תפלין לתלמוד תורה. משום דאיתקש בין בפרשה ראשונה בין בפרשה שניה, וכן שם [עמוד ב'] דאי כתב רחמנא ראייה ולא כתב תפלין הוה אמינא אקיש תפילין למזוזה. הרי להדיא דהוי היקש גמור. וממילא נמי דהוא הדין שכן פסולי מזוזה פסלי נמי בתפילין משום היקישא דאין היקש למחצה:

ו **עוד** חובה עלינו לבאר. מפני מה נשתנו לענין שרטוט, ואפקוהו מהיקש. דמזוזה צריכה שרטוט ולא בתפלין. וכמש"כ לעיל (באות א' א"ק א'). איברא לאחר עיון קצת עוד נראה מזה ראיה ברורה לאלומי היקישא דתפלין למזוזה. עיין מנחות [ל"ב] שרטוט של מזוזה הלכה למשה מסיני. שם אמר ר"י אמר שמואל כתבה אגרת פסולה. ופירש רש"י בלא שרטוט. מאי טעמא אתיא כתיבה כתיבה. ופירש רש"י כתוב זאת זכרון בספר. ועיין שם תוס' ד"ה כתבה אגרת וזה לשונם וקשה דלעיל אמרינן שרטוט של מזוזה הלכה למ"מ. והכא יליף כתיבה כתיבה ועיין שם. ולפי עכ"ד נראה דדברי רש"י נכונים בפשיטות. עיין מס' מכות [דף י"א עמוד א'] דפליגי בה ר' מאיר ור' יהודה גבי ס"ת שתפרו בחוטי פשתן חד אמר כשר וחד אמר פסול, למאן דאמר פסול, דכתיב למען תהיה תורת ה' בפיך. ואיתקש כל התורה כולה לתפלין. מה תפלין הלכה למ"מ לתופרן בגידין אף כל כו': ואידך כי איתקש למותר בפיך. להלכותיו לא איתקש. וזה לשון רש"י בד"ה להלכותיהן לדבר שאינו כתוב בתורה. ובתפלין גופיה לא גמרינן ליה אלא בהלכה למ"מ לא ילפיך בהיקישא עד כאן לשונו. ואנן פסקינן כמאן דפוסל [בשלחן ערוך סימן רע"ו סעיף א'] דהיקישא ניתן גם להגלמד מהלכה למ"מ. שהרי סתמא דגמרא במגילה [י"ט עמוד א'] דנקרא ספר לפוסלו בחוטי פשתן. וכן מסוגיא הנ"ל דמנחות נלמד כן לפירוש רש"י הנ"ל. דכתבה אגרת פסולה. דילפינן כתיבה כתיבה מספר תורה. דקאי על שרטוט. והרי בס"ת גופא דצריך שרטוט פירש רש"י בסוטה (דף י"ז:) דהלכה למ"מ דכל ספרים צריכין שרטוט. ולפי"ז תו לא קשה לרש"י קושיא הנ"ל. דכיון דילפינן בגזירה שוה גבי מזוזה דצריך שרטוט, וקשיא הלכתא למה לי. אלא בעל כרחו צריך לומר דאתיא הלכתא לאפוקי תפלין דאין צריך שרטוט. דדוקא מזוזה דכתיב ביה כתיבה צריך שרטוט. אבל לולא זאת אמינא דהדר ילפינן תפלין ממזוזה. דהוקשו להדדי כנ"ל. אלא דאכתי קשיא לדעת תוס' שם דגזירה שוה לא קאי על שרטוט. רק מהלכה למ"מ לחוד הוא דמזוזה צריך שרטוט. ואפילו הכי בתפלין אין צריך שרטוט. ולא ילפינן מהיקישא. דהרי אנן פסקינן דהיקישא קאי גם על הלכותיהן. גבי ס"ת שתפרו בחוטי פשתן. וביותר קשה שתוס' בעצמם הקשו שם [דף ל"ב] בד"ה הא דאמאי לא ילפינן בגז"ש דכתיבה כתיבה גבי ס"ת לדעת ר"ת. ולא הקשו מתפלין לכולי עלמא דהוקשו למזוזה. כדאיתא במס' קידושין וכמש"כ לעיל. וצריך לומר דסברי כדעת נימוקי יוסף שם. וזה לשונו. אין צריך שרטוט. לפי שהקלף דק הרבה ושמא יקרע. ביאור דבריו. דלא ליתן טעם על הלכה בא. דמי הכריחו לזה להטעים הדבר שילא ממלכו של עולם. וכמו דוכסוסטוס דכשר במזוזה ולא בס"ת ותפלין. וגויל דכשר בס"ת ופסול בתפלין לכולי עלמא. ובמזוזה לדעת תוס'. אלא דקשיא ליה דכשם דהוקשו תפלין למזוזה לכל דבר לענין כתיבה תמה ועל דיפתרא ואשורית ובדיו לדעת רוב הפוסקים. ובוודאי אינו אלא משום דהוקשו

דהוקשו להדדי. ומאי שנא שרטוט שאין צריך. ומשום הכי הכריחו לבאר דה"ה דטעם יש בדבר. משום דכמה פעמים יקרה שהקלף דק הרבה. ואם יצטרך לשרטט יבטל ממצות תפלין לגמרי. מה שאין כן גבי מזוזה דנכתב על דוכסוסטוס. וגם על הגויל לדעת הרא"ש שם. וס"ת נכתב על הגויל. משום הכי נמסר לחכמים דלענין זה לחוד לא ילפינן מהיקישא. גם אפשר לומר דתוס' סברי כדעת רמב"ם [בפרק א' מהלכות תפלין הלכה י"ב] וזה לשונו. הלכה למ"מ שאין כותבין ס"ת ומזוזה אלא בשרטוט. אבל תפלין א"צ שרטוט לפי שהן מחופין. עד כאן לשונו. וגם אין צריך בדיקה לעולם. כמו שכתב בסוף [פרק ב'] שם. נמצא ראיה ברורה גם מדברי הרמב"ם ונמוקי יוסף הנ"ל. דמסתמא הוקשו להדדי לכל הלכותיהן רק מפני טעמים הללו יצאו מהיקישא. [ומזה נראה דהרמב"ם ונמוקי יוסף סברי כדעת תוס' במס' ר"ה גבי שופר דיובל. דלא ילפינן מגז"ש דראש השנה לענין כפופים. משום שסברא מחלק ביניהם. ועיין [דף כ"ו] תוס' ד"ה של יעל. ולא כרא"ש שם]:

ומעתה אין לאחוז ולהסתבך בגילא דהיתרא במאי שכתבנו לעיל [אות א' אות קטן ב'] שהרי נשתנו לענין דוכסוסטוס וקלף. דהתם ניתן לכל אחד הלכה בפני עצמו. ואין לתת טעם לגזירת המלך דס"ת על הגויל. ותפלין על הקלף. ומזוזה על דוכסוסטוס. מה שאינו כן לענין שרטוט וכדומה. שההלכה רק על מזוזה לחוד. ולהכי בזה הוא שהתירו רבותינו ז"ל למצוא דרך סלולה. דמפני מה לא ילפינן מהדדי. שהרי הוקשו לכל דבר. ולפי זה גם לענין קוצה וזנב דפסול גבי מזוזה. פשיטא שגם בתפלין פסול. שהרי הוקשו לכל מילי. ואע"ג דגבי ס"ת כשר בדף האחרון. היינו טעמא דבלא זה קשיא דלמה התירו בדף אחרון להיות מקצר והולך ולעשותו כזנב דפסול גבי מזוזה. ואין לומר משום דאי אפשר. שהרי אפשר בשתים שתים דכשר במזוזה. כדאיתא שם להדיא בברייתא דלקמן. ואין לומר דאיירי שלא יספיק לו בזה. דהרי פשוט שיכול לכתוב בדף האחרון שורה אחת או שתים ויותר שלימות. ואחר כך יקצר בשתים שתים. אלא ודאי בעל כרחו צריך לומר. דמידי טעמא דעשאו כקוצה וזנב דפסול. משום שנראה כאילו כותב דבר שאינו של חובה. ומצייר ציור כרצונו. ומשום ביזוי מצוה הוא שיצא מתורת כתב לגמרי. ולהכי בדף אחרון שלא נשאר לו רק פסוק אחד. דנראה בעליל שאינו עושה כן מפני רצונו. רק מפני ההכרח המכריחו שלא יצטרך לגנוז היריעה שנתקדשה. שוב אין בזה פסול. וכמו דמותר לכתוב שתים שתים. אע"ג דבתוך הספר אינו רשאי מפני שנראה כאגרת. דכיון דמפני ההכרח הוא שכתבו שתים שתים. שוב לא נראה כאגרת. כן רשאי גם כן לקצר. כפירוש רש"י מהאי טעמא גופא. דוגמא לזה מצינו גם בדאורייתא. עיין סנהדרין [מ"ו עמוד א'] המלין את המת עובר בלאו. ולכבודו או לכבוד החיים מותר אפילו לר' יהודה דסבירא ליה דבר שאין מתכוין אסור מן התורה בכל התורה כולה לבד במלאכת שבת אסור רק מדרבנן. עיין שבת [דף מ"א] תוס' ד"ה ומיחם. אלא ודאי דהכא שאני דרחמנא לא אסרו רק משום ביזוי. ולהכי היכא דמצינו משום טעם אחר מותר. ומעתה תו אין להסתבך בסבך דהיתירא. במש"כ לעיל [באות קטן א' ואות קטן ד']:

ז **עתה** נברר ונלבן בעיקר הפסול דקוצה וזנב. ובמאי שרמזנו [באות ו'] בטעמא דקוצה וזנב. דלא מצד הסברא לחוד כתבנו כן. אלא דבעל כרחו צריך לומר כן. דאין לומר דטעמא דמלתא משום דנראה כאגרת. שהרי איתא שם [דף למ"ד] ולא ירבה בדפים מפני שנראה כאגרת. ועיין שם ברש"י. דהיינו שכותב שתי תיבות בדף אחד. ולקמן [דף ל"א] אמרינן להדיא דמזוזה שכתבה שתים שתים כשירה. וגם אין לומר דטעמא דר' יוחנן דפוסל בעשאו כקוצה. לא משום דנראה כאגרת. אלא משום דהוי כאגרת ממש דפסול לגבי מזוזה. כדאיתא שם [ל"ב] אמר ר"י אמר שמואל כתבה אגרת פסולה מאי טעמא אתיא כתיבה כתיבה. [ולפי"ז היה קצת מקום לטעות ולומר דגבי תפלין כשרים. לטעם הרמב"ם דמפרש ליה לענין שרטוט. ומשום דמחופים כשרים]. חדא. דאם כן למה דחקו הפוסקים הלא הם בעלי התוס' דסברי דבכל מקום דכתיב ספר להדיא. אפילו הכי אין צריך שרטוט. רק גבי מזוזה משום הלכה למ"מ. וגבי מגילה דהוקש למזוזה. משום דכתיב דברי שלום ואמת. וכן שאר הפוסקים אע"ג שחלקו על רבינו תם וסברי דס"ת צריכה שרטוט וכן פרשת סוטה. מכל מקום משום דקשיא להו דבעל כרחו האי דר"י אמר שמואל לא קאי על שרטוט. משום שהוא מצד הלכתא. וכן איתא להדיא ברא"ש ונמוקי יוסף. ודחקו לפרש בלא דקדק בחסירות ויתירות. דזהו מילתא דפשיטא שהרי כתיב והיו בהווייתן יהו. ולא איירי ביה בכל פרקין עד הכא. ואמאי לא פירשו בדתני לעיל כשעשאו כקוצה וכו'. אלא ודאי משום דמשמע מדברי ר' יוחנן דהיכא דעשאו כקוצה פסול מצד עצמו. ולא צריכא ללמדו בגזירה שוה. ובעל כרחו צ"ל בטעמא דידיה משום דנראה להדיא כמצייר ציור לעצמו. ולא ככותב דבר של חובה. וכן נראה מפשטות לשונו ובלבד שלא יעשנה כקוצה כו'. דנקטה דרך שלילה ואזהרה. ולא להשמיענו פסולו הוא דאתי. משום דמלתא דפשיטא הוא. ומצד סברא החיצונה הוא. ולא משום גזירה שוה הוא. שהוא מצד גזירת הכתוב. דאם כן הוה ליה למינקט ולאשמועינן עיקר הדין ולפרשו משום גז"ש. כמו דנקטו ומפרשי במילתא דשמואל. וזה ברור ופשוט. ואין לנטות מזה זיז כל שהוא. וכיון שכן גם בתפילין מילתא דפשיטא דפסולין:

ח **ואגב** דעסיקנא בזה יש לבאר, דלכאורה קשה לדעת הפוסקים הרא"ש וסייעתו, דסברי לדינא כדעת רש"י, דבכל מקום דכתיב ספר אזי פשיטא דצריכה שרטוט משום הלכה למ"מ, ומפרשים מלתא דשמואל בכתבה אגרת דלא כדעת רש"י דקאי על שרטוט ומצד גז"ש, כיון דהוי מצד הלכה למ"מ, וכיון שכן עדיין קשיא הלכתא למה, כיון דסוף סוף הרי איכא גז"ש, יהיה לאיזה ענין שיהיה, מכל מקום ממילא משמע גם לענין שרטוט, דאין היקש למחצה, דבשלמא לדעת רבינו תם לא קשה, דכיון דסבירא ליה דגם בס"ת לא בעי שרטוט, אף על גב דכתיב ביה ספר, תו ליכא גז"ש גבי מזוזה, רק מצד הלכתא לחוד, אבל לדידהו דסבירא להו בזה כדעת רש"י דס"ת צריכה שרטוט, ואפילו הכי לא ניחא להו לפרש מלתא דשמואל דקאי על שרטוט, דכבר אתיא מהלכתא, ומשום הכי מפרשי דקאי על חסירות ויתירות, וקשיא דאם כן הלכתא למה לי, וכמו כן מקשה בגמ' סוכה [דף כ"ח עמוד א'] הלכתא למה לי, וצריך לומר דלקושטא גם לדידהו ניחא, משום האי טעמא גופא דכתיבנא לעיל [באות ו'] לרש"י, דהלכתא אתיא לאפוקי תפילין דהוקשו למזוזה, ואפילו הכי לא ניחא להו לפרש מלתא דשמואל כן דקאי על שרטוט, משום דמשמע מלישניה דעיקר פסולו דכתבה אגרת הוא דאתא לאשמעינן, ואי אמרת דקאי על שרטוט לזה לא צריך לגז"ש, שכבר נשמע מהלכתא:

ט **ולפי"ז** נסתלקו ונהרסו כל לדדי היתרא שכתבנו [באות א'] גם מה שכתבנו לעיל [באות קטן ה'] משום הבו דלא לוסיף עלה, כיון שלא נעשו רק מצד אחד, ממילא בטל, כיון שכבר נתברר במסמרות נטועים, דתפילין שוין בכל הפסולין למזוזה, וכיון דמזוזה פסול אף מצד א', כמו שכתב הש"ך שנתקבל הוראתו בכל העולם במקום שלא נחלקו עליו גדולי האחרונים להדיא בראיות ברורות, גם יש ראיה קצת לדבריו, דאי לא תימא הכי, אמאי אמרינן דבסוף הספר רשאי לקצר, דהיינו בכל שורה ושורה משני לצדדים, כי היכי דלסיים בסוף הדף, עיין מנחות [דף למ"ד ע"א] וברש"י שם, הרי יכול לעשות בהיתרא שיקצר מצד א', דאז הוי כתיבה מעלייתא, ותו לא שייך לומר גם מה שכתבנו לעיל [בסוף אות ו'] משום דנראה בעליל שמפני ההכרח הוא מקצר והולך משני לצדדים, כיון שיכול לקצר רק מצד א', דאזי כשר אף לכתחלה, ודוחק לומר דאיירי דוקא בגוונא שלא יספיק לו, שהרי יכול למשוך ברצונו באלכסון:

גם הרב המופלג מוה' יודל נ"י הציע לפני בעת שאל ממני, ויפה כיון להביא הראיה על זה, מפי' רש"י והרע"ב [בפרק ד'] ממס' כלאים בשתים כנגד שתים ואחד יוצא זנב, שפירשו כן, דהיינו בשורה הראשונה שלש ובשניה שתים, והיטב אשר דיבר לכאורה, אכן יש לגמגם שהרי גם במזוזה פסול להדיא כקוצה או ט' דוקא בשלש שורות וקיצר בכל שורה

שורה יותר, כדמשמע להדיא מלשון רש"י שם, אבל בשתי שורות לא, וראיה מעל הארץ, דפליגי בש"ס אם בראש השטה, אם בסוף השטה, ואם נדמהו לכלאים לגמרי, הרי התם נקרא כרם בכהאי גוונא:

י **גם** שמעתי פה שחכם אחד כבר הורה שפסולין הם. איברא התחכם להכשירם הואיל וכבר נעשו. לנקוב את העור מפני הגלדים בגליון. דאזי כיון שאינם ראויים לכתוב שם. שוב לא נשתנו לגריעותא. ולפי ענ"ד נראה ברור דלא כיוון בזה להלכה וכבודו במקומו מונח. ובמחילת כבוד תורתו שגה בזה מכמה טעמים. חדא דלא מסתבר כלל שבהוסיפו מגרעת בקלף יוכשר הפסול. והיכן מצינו כאלה. זולת היכא שגליינו חכמינו ז"ל בעצמם לחדושא. כגון סוכה שנפסלה בג' טפחים אויר ומלאהו בסכך פסול. עיין סוכה [דף י"ז]. וכן בשטרות שהרחיקו שני שיטין מן הכתב ומלאוהו בקרובים [בבא בתרא קס"ב]. ואף אם תימצי לומר שגם בנדון דידן נידון כמוהו. לפלא יהיה. היפלא מהם דבר. ומדוע לא השמיעונו תקנתא. דהיכא דעשאו כקובה או וכו' יעשה נקבים מן הגלדים. כי לשון חכמים מרפא. וכמו ששנו לן בגוונא דלעיל. וכן בריש עירובין מבוי שהוא גבוה למעלה מעשרים אמה ימעט. ואין לומר משום דקובה או וכו' הוי פסולא דאורייתא. ודמי לסוכה דנקט פסולה כדאיתא שם. דהתם תקנתא ממילא נשמע ממבוי. דמאי שנא. דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. ומשום הכי שינה בלשונו ונקט פסולה. לאשמעינן דבלא תיקון פסולה מדאורייתא. אבל לשבק תקנתא לגמרי לא מצינן. ודרך זר הוא ורחוקה מדרך האמת. וכאשר יתבאר עוד לקמן באות שאחר זה בראיות ברורות. ועיין באשר"י חולין פרק בהמה המקשה [סימן ז'] מה שהרעיש על הרמב"ן דסבירא ליה דנחתכו רגליה במקום צומת הגידין שיחתוך למעלה ותחזור להכשירה. ואפי' לדעת הרמב"ן שם. לא דמי. דמתניתין איירי לאחר שחיטה. ועוד דכיון דקתני במתניתין להדיא דנחתכו רגליה מן הארכובה ולמטה דכשירה. אזי ממילא נשמע דהוא הדין אם חתכו בידים אחר כך. לסברא דידיה. דכבר יצאה משם טריפות שהיה בה חסרון ונכנסה לכלל מסוכנת כמו שכתב שם:

ולא עוד אלא אפי' חתך מתחלה את הקלף כקובה וכתב עליו כמדתו. אזי למאי שכתבנו לעיל [בסוף אות ו' ז'] דמשום ביזוי מצוה יצא לגמרי מתורת כתיבה. וכיון שהפסול הוא בכתיבה עצמה. תו לא עדיפא במאי שהקלף עצמו בצורה זו גם כן. הכי אין די בקלפים דעלמא. מעתה לפי זה אף אם תימצי לומר דהיכא ששייר בתוך הפרשה כשיעור פרשה. דרשאי לעשות נקב באותו מקום. דשאני התם. כי היכי דלא נצטרך לסלק יריעה שכבר נתקדשה. כמו שהתירו חכמינו ז"ל בסוף הספר לקצר מפני לדדים. מהאי טעמא גופא. וכמו שכתבנו לעיל [באות ז']. ועוד דהתם בהניח כשיעור פרשה אין הפסול בכתיבה. רק בקלף הפנוי. לכן כאשר יסיר הגורם אפשר דחוזר להכשירו. מפני שבכתיבה לא נשתנה מאומה:

יא **עיין** סוטה [דף י"ז] בתוס' ד"ה כתבה אגרת. דמספקא להו בפרשת סוטה דבעי שרטוט. אם כתבה ואח"כ שירטט. אם נימא דכיון שנכתב בפיסול תו לא מהני מידי. או דלמא כיון ששירטט אח"כ חוזר להכשירו. ולכאורה תמוה. דא"כ מאי מקשה בש"ס מנחות [דף ל"ב] מס"ת ותפלין שבלו. דאין עושין מהן מזוזה לפי שאין מורידין מקדושה חמורה לקדושה קלה. טעמא דאין מורידין כו' והא מזוזה בעי שרטוט. שהרי יכול לשרטט אח"כ. ומצאתי באחרונים שהניחו בתימה. אולם חלילה לנו לחשוב שנעלם מעינם הגדולה סוגיא שלימה. וצריך לומר דבמזוזה פשיטא להם דלא מהני שרטוט אח"כ. כיון דבעי שרטוט לכתחלה קודם כתיבה. תו לא יכול לתקנה על ידי שרטוט. דהוה כעין שלא כסדרן דפסול גבי מזוזה דכתיב ביה והיו. מה שאין כן בפרשת סוטה דלא כתיב ביה והיו. דכשר שלא כסדרן רק שלא יכתוב למפרע שהתיבות כתובים להיפך. נלמד מדכתיב האלה. אבל היכא שכתובה לפנינו כמו שכתובה בתורה רק שדילג בשעת הכתיבה תיבה או אות וכתבה אח"כ על מקומו הראוי לו כסדר שכתובה בתורה. פשיטא דכשר בפרשת סוטה. משום הכי מספקא להו בפרשת סוטה לענין שרטוט. והוא הדין בס"ת. אבל במזוזה דכתיב ביה והיו. דפסול גביה שלא כסדרן. פשיטא להו דלא מהני שרטוט אחר כך. דלא מיבעי לדעת ר"מ בהגהות מיימוני'. מובא בבית יוסף אורח חיים [סימן ל"ב]. דגם בדיבק אות לאות לא מהני גרירה אח"כ. אע"ג דלית ביה משום חק תוכות. משום שהאות עצמו הוא כתיקונו. מכל מקום היכא שכבר כתב אות שלאחריה לא מהני גרירות הדביקות משום שלא כסדרן. אם כן גם בשרטוט נוכל לדון כן. אלא אפי' לדעת החולקים דמכשירין גם בתפלין לגרור הדביקות. וכן פסקי' בש"ע [סימן ל"ב סעיף כ"ה]. יש לחלק דשאני התם. שהאות בעצמו היה יכול לכתוב בלא נגיעה כלל, רק ששגג במילתא יתירתא ונגע בחבירתה. יכול לגרר הדיבוק ולית ביה משום שלא כסדרן. מה שאין כן בשרטוט שחסר מעשה שלימה הצריכה. פשיטא להו דאית ביה משום שלא כסדרן:

נמצא לפי זה. הגם שיתאמץ הרב הנ"ל (באות שלפני זה) להעמיד ע"ד שבאם הקלף היה מתחלה נקובה וכתב עליה בצורה זו מפני שהיו בו נקבים מן הגלדים. וכתב עליו כקובה מצד הכרח הנקבים. דכשירה. אבל לתקן אחר כך פשיטא דלא מהני גבי מזוזה ותפלין. כדמוכח מתוס' הנ"ל. משום שלא כסדרן. דאי לא תימא הכי הדרא קושיא לדוכתא מקושיית הש"ס הנ"ל. נמצא שגם אם תימצי לומר דהיכא שהיו נקבים מתחלה מן הגלדים. ובלתי אפשר אז לכתוב השורות כסדרן. רק הוכרח לעשותן כקובה, כשרות. אבל לתקן אח"כ על ידי נקבים פשיטא דפסול במזוזה ותפלין משום שלא כסדרן. כדמוכח מתוס' גבי שרטוט:

יב **ובהצעת** הדברים האלה נקיל מעלינו קושיית תוס' שם סוטה [דף י"ז:] בד"ה דכתיב וכו' האלה. וזה לשונם. תימה לר"י וכו' דקריאת שמע לא יקראנה למפרע לרבנן מוהיו כו'. ואמאי לא נפקא להו מהאלה כי הכא הדברים האלה כדכתיבנא. ולפי מה שכתבתי דבפרשת סוטה פשיטא דלא הקפידה תורה אם כתבה שלא כסדרן. רק שתהיה כתובה לפנינו כמו שכתובה בתורה. הגם שכתב המאוחר תחלה מן המוקדם. כיון שהשלים אח"כ את הכתוב תחלה בראשונה. נמצא שפרשה כתובה לפנינו כמו שכתובה בתורה דלית ביה שום פסול. שהתורה לא הקפידה רק שהפרשה תהיה בסופה כסדר שכתוב בתורה. גם אם כתב מתחלה דרך משל. ירך ולנפיל. כמו שפירש רש"י שם. ומחק אח"כ את תיבת ירך שכתוב בתחלה. וכתבו אח"כ כסדר שכתוב בתורה. פשיטא דכשר. כיון דלאו משום למפרע קפדינן בפרשת סוטה רק משום הדברים האלה. והרי איתא לפנינו כמו שכתוב בתורה. ולפי זה גם בקריאת שמע בקראה למפרע איתא נפקותא זו, בין אם נלמדנה מהדברים האלה ובין אם נלמדנה מוהיו. כגון דרך משל אם יקרא ישראל שמע. דהשתא דפסלינן מוהיו. דהוראתו הוא שלא יקראנה למפרע. נמצא כשנודע לו מיד שלא יצא משום למפרע. אזי גם תיבת שמע צריך לחזור עוד הפעם. כיון שגם תיבה זו נפסלה משום שקראה למפרע. אבל אם נלמדנה מהדברים האלה שהוראתו רק שיקרא כמו שכתוב בתורה. אזי די אם יקראנה השתא כמו שכתוב בתורה, ודי לו בתיבת ישראל לחוד. אם יחזור עוד הפעם ויקרא מן תיבת שמע שקרא כבר ולהלאה כסדרן. ועיין אשר"י ראש השנה [דף ל"ג:] שמביא בשם הירושלמי גבי תקע בראשונה ומשך בשניה כשתים אין בידו אלא אחת. דהיינו תקיעה ראשונה. אבל השניה שהאריך בה כדי לצאת גם מראשונה של זכרונות. לא יצא גם משום מלכיות. וצריך לתקוע פעם אחרת למלכיות. והכא נמי היכא דקרא תיבת שמע למפרע צריך לחזור ולקרות גם תיבת שמע משום שנתכוין לקריאה פסולה. דילפינן מוהיו דקריאה למפרע לא שמה קריאה. ואפי' לדעת רמב"ן החולק שם. [ובש"ע סימן תק"ל הובאו ב' דעות אלו]. דהתם נתכוין מיהת לתקיעה דמצוה שעוסק בו גם כן. רק שהוסיף עוד לצאת גם משום זכרונות. משום הכי לא נפקע ממנו תו תקיעה דמלכיות שנתכוין לו תחלה. אבל הכא לא

נתכוין

נתכוין מתחלה אלא לקריאה פסולה. עיין ברכות [דף י"ג ע"א] היכא דנקט כסא דשכרא לפירוש רש"י ותוס' שם:

יג במאי דמספקא להו לתוס' הנ"ל. בפרשת סוטה וכן בס"ת דבעי שרטוט לדעת רש"י והש"פ [זולת רבינו תם] אם מהני שרטוט לאחר כתיבה. לכאורה נראה לראיה ברורה דמהני. דאם לא כן הדרא קושית תוס' מנחות [ל"ב:] ד"ה הא מורידין, לדוכתיה. שהקשו שם לדעתם דכל היכא דכתיב ספר בעי שרטוט. ממגילה [דף ט"ז] דברי שלום ואמת דקאי על ס"ת. דאם כן היה לו לדרוש מדנקראת ספר כדדרשינן התם [דף י"ט] דרשא אחריתי מדנקראת ספר לענין תפירה וכו' וכתבו שם. וזה לשונם. ומיהו יש לומר דאי מדנקראת. הוה ליה לאשכוחי חד ענינא דלא ליבעי שרטוט. כיון דנקראת כמו כן אגרת. כדאמרינן נמי לענין תפירה דלא צריך לתופרה כולה בגידין. עד כאן לשונם. תמצית דבריהם. דבשלמא לענין תפירה יש במציאות להמציא דרך ממוצע כדי להשוותו לספר. וגם להשוותו לאגרת. דהא הטיל בו שלשה חוטי גידין דכשרה. ועיין שם. אבל לענין שרטוט לא אשכחן דבר להתמצע ביניהם. והשתא אם איתא דבס"ת ובסוטה דכתיב בהו ספר פסול אם שירטט אח"כ. אם כן גם לענין שרטוט יש ויש דרך ממוצע. דבמגילה דכתיב ביה ספר דבעי שרטוט. וכתיב נמי אגרת לענין דאם שירטט אח"כ נמי מהני. אבל אי אמרינן דגם בס"ת מהני אם שירטט אח"כ, ניחא. אבל אכתי יש לדחות. דלעולם אימא לך דגם בס"ת פסול אם ישרטט אח"כ. ואפי' הכי לא מצינן להשוות גבי מגלה לענין שרטוט בכהאי גוונא. דאם כן אכתי לא דמי לא לספר ולא לאגרת. דבשלמא לענין תפירה איכא במקצתו דדמי לספר לגמרי. ובקצתו דדמי לאגרת לגמרי מה שאין כן לענין שרטוט. ועיין:

יד אכתי יש לברר בפסול דקובה או כו', אם הוא דווקא בפרשה שלימה, או כל ששינה בשלש שורות זה אחר זה בציורים הללו, ואפי' לא הגיע לפסוק אחד גם כן פסול. והנה דרך כלל נראה פשוט דבכל פסולים דלית לן טעם נכון וברור לחלק בין פרשה שלימה לפסוק אחד. הוי אפי' בתיבה אחת נפסל. וראייה מקרא למפרע גבי קריאת שמע ומגילה והלל, דיש גם כן מקום להסתפק ולומר שהוא דווקא בפרשה שלימה או פסוק אחד. ומבואר שם דאפי' בתיבה אחת לא יצא [ברא"ש מובא בבית יוסף סימן ס"ד] לכן אם דילג תיבה אחת באמצע והשלים כולו. צריך לחזור ולקרות מן תיבה שדילג עד לסופו, ולא יצא בדילוג לחוד משום למפרע, עיין סימן תר"ל סעיף ו' ובמגן אברהם סעיף קטן ע"ו [ובאשל אברהם שם ס"ק ע"ז] שאם השמיט תיבה אחת הן הקורא הן השומע לא יצא, ולא די לו באם יקרא התיבה שדילג לחוד. ועיין [סימן קל"ז במגן אברהם], רק גבי עשאו שירה דפסול בש"ס [מנחות דף ל"א ע"ב] הוא שהוסיף הרמב"ם [בפרק ז' הלכה י"א] וזה לשונו. או שכתב השירה כשאר הכתב, או שכתב פרשה אחת כשירה, הרי זה פסול, הרי שהוסיף בלשונו בסיפא פרשה אחת, ולא ברישא, והיינו טעמא דפשיטא גבי שירה כיון שנתקבל לנו ציורו ודמותו, אזי כל היכא ששינה אפי' בשורה אחת פסול, כמו בכל הפסולין דלא מפליגין בין פרשה שלימה לפסוק או תיבה, אבל היכא דשינה להיפך וכתב כדמות שירה, לא הוי שינוי אלא בפרשה שלימה, משום שכל השירות שבתורה, המה פרשיות שלימות, לכן כל היכא שלא כתב פרשה שלימה, לא מיקרי עדיין עשאו כשירה:

ובזה מובן לנו היטיב כל הדקדוקים והשינויים בזה שנמצא בדברי רבותינו הראשונים. הנה רש"י בפירושו מצייר הזנב, בציור קוים, ואח"כ מפרש, ג', ושנים, ואחד, והקובה הוא להיפך, ובספר כה חיים מרבינו ישעיה הזקן פירש, ה' ד' ג' ב' א' ועל הקובה נקט להיפך גם כן בחמשה שורות ולא הביא כלל דעת רש"י, ויש להתבונן בדבריו דמאי בעי בהופכה זו, דמסתמא אין דעתו לחלוק על רש"י וכל הפוסקים דדי גם בשלש שורות בלא ראייה מכרחת ושלא יביא דעתם כלל. גם בדברי הנמוקי יוסף והכסף משנה שמפרשים גם כן כדעת רש"י, וביארו על הקובה, כגון בשורה אחת והיו. ב', הדברים האלה. ג', אשר אנכי מצוך, עכ"ל. יש לדקדק שהוא שפת יתר, הכי לא נדע כזאת מעצמנו מפירוש רש"י שמפרש כן (על תי'), ומדוע בחרו לצייר באלה דווקא:

ונראה לבאר דהנה פירש שם בכה חיים הנ"ל על איבעיא, ב', ג', א', משו, הוסיף שם וזה לשונו, פירוש בענין זה כתב כל המזוזה. ויש לכאורה לספק בדבריו, אם לרבותא דמסקנא נקט דאפי' בכולו כשירה, או דלא איבעיא ליה אלא בכולה, אבל בפרשה אחת פשיטא ליה דכשירה, או דלמא דלא איבעיא ליה אלא בכוליה, אבל בפרשה אחת מסתברא דפסולה, בין לסלקא דעתא ובין למסקנא. והטעם דנתנה לנו בקבלה השני ציורים הללו, דמות הס"ת כולו, ודמות שירה, ואם שינה בהם פסול. לכן במזוזה אפשר לומר כיון דלא נתנה בפירוש באיזה ציור, הברירה בידו, או בדמות ס"ת כולו או בדמות שירה, או דלמא דמסתמא אזלינן גם במזוזה בתר רובא דס"ת, ואמר ר"נ בר יצחק דכשירה, היינו דווקא בכולו, אבל תרתי דסתרי בחדא גם למסקנא פסול, לדעת המחבר הנ"ל. ונראה דמסתברא דדעתו כפן השלישי, וכמו שכתבתי באחרונה, דאי כפן הא' הוי ליה לציין את דבריו על הפשיטות דר"נ בר יצחק ולא על האיבעיא, כיון דבין כך ובין כך קא מיבעיא. וגם כפן השני ליכא למימר, דבחדא פרשה פשיטא ליה דכשרה רק בכולו הוא דמבעיא ליה, דאם כן במסקנא דהא דקתני בברייתא עשאה כשירה פסולה, קאי על ס"ת, הכי סלקא דעתא דדווקא כולו, וממילא נשמע דלסלקא דעתא דקאי על מזוזה קאי גם כן אפי' על פרשה אחת. ואין לומר דאם כן גם למאי שכתבתי באחרונה קשיא, דהוה ליה לתרוצי דקאי על מזוזה גם כן, ועל פרשה אחת, דמודה ר"נ ב"י דפסול, דזה אינו דמשמע מלישנא דברייתא דמשום דעשאו כשירה הוא דפסול. ולדידיה לא איכפת לן בציור זה, רק משום תרתי דסתרי הוא דפסל ליה:

ועתה במסלה זו נעלה מרישא עד סיפא, כיון דאמר ר"י עשאו כשירה כשרה, ומסיים ובלבד שלא יעשנה כקובה או כזנב, דמשמע דפסולא דסיפא איירי אפי' בדמיון הכשירה דרישא, דאיירי דווקא בעשאו כולו כשירה, ועל זה קאמר דבקובה אפי' עשאו כולו בציור זה פסולה, דאי במקצתו, אפי' כשירה פסולה, גם משמע לרבותא הנ"ל מלישנא דר' יוחנן דאמר ובלבד שלא יעשנה כקובה כו' דמשמע להדיא דמלבד זה במאי שעשאו בציור משונה עשאו כולו כהלכתו וכמצותו:

ועכ"פ יסודות אלו יתבארו על נכון דברי רבותינו הנ"ל, דלא פליגי אהדדי, רק דרש"י מפרש הציור ג' תיבות, ג', ב', א', קאי על פרשה ראשונה, שהם במספר ארבעים ושמונה תיבות, וכשכותב שמונה פעמים, ג', ב', א', נשלמה פרשה ראשונה, ורבינו ישעיה הנ"ל קאי על פרשה שניה שהם במספר מאה ועשרים תיבות, מלבד על הארץ שצריך לכותבו בתחלת שטה, כדאיתא שם כי היכי דמרחקא כו', וכשכותב ה', ד', ג', ב', א', שמונה פעמים, כלה הפרשה כולה, ונמצא דתיבת השמים כתוב בין שתי תיבות שבתחלת השטה שכתובה במספר ה' תיבות, ובין שתי תיבות האחרונות שבסוף השטה, והשתא כשכותב תיבת על הארץ בסוף החמש שטות, וכותבה כנגד שתי תיבות שבראש השטה, נמצא דמרחקא תיבת הארץ מן תיבת השמים. והוא הדין היכא דכתב פרשה שניה, ה', ד', ג', עשרה פעמים גם כן ניחא, רק דיותר ניחא ליה להשוות פרשה שניה לפרשה ראשונה בכל מה דאפשר, וכיון דבראשונה כתובה תיבה אחת לבסוף, נקט כן גם בשניה, אבל אם נימא דגם בפרשה שניה איירי כשכותב ג', ב', א', וכתב כן כ' פעמים, דעולה גם כן למספר ק"כ תיבות מלבד על הארץ, כנ"ל, דהשתא תיבת השמים כתובה בין תיבה אחת שבשטה ראשונה ושבשטה אחרונה, נמצא דתיבת הארץ מכוון ממש כנגד תיבת השמים, איברא כל זה בפירושא דר"י דקאי על רישא דעשאו כשירה דמשמע דומיא דרישא, היינו בעשאו כולו, ולהכי הוצרכו לפרש בו כנ"ל. אבל הנמוקי יוסף קאי לדינא ולפסק הלכה, וחידש לן דלא נטעה לומר דווקא דעשאו כולו כקובה או פרשה שלימה דווקא הוא דפסול, דומיא דעשאו כשירה בס"ת דפסול, דווקא בפרשה שלימה, כמו שכתבתי לעיל בשם הרמב"ם, להכי נקט והיו הדברים האלה, דאפי' כשכתב בתחלתו ובסופו כהוייתן רק באמצע התחיל לשנות בצורות האלו גם כן פסול:

ולפי זה נראה ברור דכל היכא דשינה וכתב בצורות האלו, ולאו דווקא

דווקא היכא שכתב תיבה אחת לבסוף, אלא אפי' היכא דכתב אפי' פסוק אחד או אפי' אליו, ז', ו', ה', גם כן פסול לגמרי, בין במזוזה בין בתפלין, וכן בס"ת מלבד בדף אחרון היכא דלא אפשר, משום דלא ליתי לבזויי היריעה שלפניה שכתוב בקדושה והלכתו, וכמו שכתבנו לעיל [באות ו']:

כן נראה לפי ענ"ד ברור כשמש בצהרים, לכן שאלתי ובקשתי להסיר המכשלה הזאת מגבולכם, ואל יתאמצו עוד להעמיד הדברים על דעתם כנגד דעת רבותינו הראשונים אשר כל דבריהם כגחלי אש, ולבל יהי כזאת נכם למכשול ולפוקה. הנה יש בכם תלמידי חכמים גדולים מופלגים בתורה ויראה, עמדו וחקרו במישרים, ואז תמצאו האמת באור מלוהלה בעזרת השי"ת, ואל תעלימו עיניכם מזה, כי לא דבר נקל הוא. אחי יקירי שקלו נא בפלס מאזניכם הלא, מדוע שנסתי מתני לטרוח להתאמץ בזה עד כה, ולבוא עד הלום, אם לקנות לי שם לתהלה בגבולכם, חלילה מחשוב כזאת, כי מעודי רחקתי מרחק רב מדרכים האלה ולא חפצתי עד כה דרך ללחם, רק במנוחה בחרתי, וכשמוע שמעתי הדברים מן ידיד נפשי הרב וכו' מהור"ר יודל נ"י ובקש ממני להאריך על הגליון את דעתי בזה, תסמר שערת בשרי, ותחרדה לבי בקרבי, כי לא נשמע כאלה בכל הגלילות, אמרתי לא עת לחשות הוא, כי גדלה המכשלה הזאת, לכן גם אתם הלא אב אחד לכולנו, עמדו ואזרו חיל, בכרוזים ובאיומים גדולים ועצומים, לבל יוסיפו הסופרים לשלוח בעולתה ידיהם, ויאמנו ידיהם להוליכם במישרים, ואז ישכילו, ואז יבקע כשחר אורם, ויזכו לרב טוב הצפון, ויקרב קץ גואל לדקנו, ואז נתענגה יחד על רוב שלום, בהשגה יתירה ועצומה, באמונתנו ובתורתנו הקדושה. דברי ידיד לכל ההוגים בתורה הקדושה, ועומדים על משמרתה, להקימה ולהרים מאשפות נזרה בקיום מצוותיה:

הק' משה יהודה ליב בן הרבני
מהור"ר בנימן זלה"ה:

סימן ב

בדיני ביהכ"נ

בנידון בית הכנסת של חומה שכבר בנו אותה עד הגג ועמדה זה כמה שנים, ואין יכולין לגמרה מחמת רוב הוצאות שיעלה עוד ע"ז, אם רשאים למוכרה:

תשובה

א **בקדושת** ביהכ"נ היכא שכבר התפללו בתוכה אפי' באקראי יש בו משום שני דברים, אחד, משום שינוי מצוה ואכחושי מצוה, והשנית, משום קדושה דאית בה, דחכמים עשאוה כדברים שגופן קדוש, ומשום האי טעמא אי אפשר להפקיע קדושתן רק ע"י חלול על דבר אחר, אפילו ע"י ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר, אבל אחרי שנתחלל, אזי בז' טובי העיר במעמד אה"ע רשאין לשנותן לצרכי הקהל אפי' על דבר רשות, ואנשי העיר לחודייהו או זטו"ה לחודא, אינם רשאים לחלל רק על קדושה חמורה, נשמע מזה היכא דלא התפללו בתוכה דלית בה משום קדושה, כמבואר בהג"א ריש פ' בני העיר הגה"ה ד' ובא"ח [סי' קנ"ג סעיף ח'] אזי כל מה דהותרה לז' טו"ה במעה"ה בביהכ"נ שנתקדשה כבר, ע"י חילול על דבר אחר, הותרה להם היכא דלא נתקדשה אפי' בלא חילול כלל, דמידי טעמא דמצרכינן חילול רק להפקיע קדושתן והיכא דלא נתקדשה עדיין, דאית ביה רק משום שינוי דעת המתנדבין ושינוי מצוה ואכחושי מצוה, ולענין זה לא מהני החילול מידי, דסוף סוף נשתנה המצוה ודעת המתנדבין:

ואין לומר כיון שכבר התפללו בתוכה, כבר יצאו ידי חובת המתנדבין, ומשום האי טעמא מהני חילול, והיכא שלא זכו בו גם בדרך חילול לא מהני, דזה אינו, שהרי אפי' לא התפללו בתוכה אלא אורחים לפי שעה, גם כן נכלל בדינים הנ"ל כמ"ש [סעיף ח'] שם ומשמע להדיא דלא יצא מן הכלל לכל פרטי דינים המבוארים לעיל [סעיף ז"ו] דזיי"ן טו"ה במעה"ה יכולים למכור אפי' למשתי ביה שיכרא, ומש"ה מותרים ז' טו"ה במעה"ה לשנותן אפי' לדבר הרשות ולצרכי הקהל, ומה שיקשה על זה לכאורה מאיזה מקומות, יתבאר להלן על נכון:

ב **איברא** כל זה היכא דנבנה ממעות יחידים שהתנדבו, אבל היכא שנתנו והתנדבו דבר מסויים, שאחד מהם התנדב הקרקע, והשאר בנו כל אחד מהם דבר מסויים, זה בנה כותל מזרחי משלו וכן השאר התלקטו ובנו כל א' מהם כפי יכולתם, אזי כל כמה דלא נשתקע שם הבעלים, גם ז' טו"ה במעה"ה אינם יכולים למכור לדבר הרשות. ואפי' אחד מהם יכול לעכב, וכן כשיש לאחד מאנשי העיר דבר מסויים בבנין זה, נמי דינא הכי שהוא יכול לעכב, אפי' נגד ז' טו"ה במעה"ה, ומקור דין זה נובע מערכין [דף ו' ע"ב] ובי"ד [סי' רנ"ט ס"ג] ובא"ח [סי' קנ"ג סעיף י"ד] ומקורו ממרדכי פ' בני העיר, ולהלן יתבארו בכל פרטותיהן:

ג **איברא** לדבר מצוה יכולין שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר לשנותו אפי' בדבר מסויים ולא נשתקע שם הבעלים, כמו דאיתא שם גבי נר ומנורה, אפי' היכא שהבעלים מעכבין, ולכאורה יש לספק אם דווקא למצוה רבה הוא דיכולין לשנותו גבי דבר מסויים ולא נשתקע, אבל לפחותה ממנו גם זטו"ה במעה"ה אינם יכולים לשנותם היכא דבעלים מעכבים, וטעמא דמילתא דכל היכא דבעינן דבר מצוה דוקא, אזי מכללו נשמע דבעינן דוקא עילוי יתירא כדמשמע ר"פ בני העיר, דבאחת משנים יתלכדו, דגבי בני העיר לבד, או זטו"ה לבד בעינן עילוי יתירה, וזטו"ה במעה"ה יחד גם לדבר הרשות נמי, אכן שיתמלאו הדברים גם במצוה פחותה ממנו לא נשמע, אולם גבי נר ומנורה מבואר במהרי"ק [שורש קכ"ח] וכן הש"ך [בסי' רנ"ט ס"ק י"א] מסכים עמו. וכתב שם שאין שום פוסק יכול לחלוק ע"ז דאפי' למצוה הפחותה ממנה יכולין לשנותו, מדמפלגינן התם בגמרא בין דבר רשות לדבר מצוה, ש"מ אפי' לפחותה:

אולם מסתברא דגבי ביהכ"נ גופא באופן שכתבנו בעינן דוקא עילוי יתירא, כיון דעדיין תוכל שתעמוד בקדושתה, ואפי' היכא דעדיין לא נתקדשה, כגון בעובדא דמרדכי שנדר קרקעו לביהכ"נ, כיון דעדיין אפשר שתחול עליה קדושה, דגז' עבידא דבטלא כדאי' בריש כתובות, והכא נמי אפשר שיתרצו הכותי' כמו שמרמז שם המרדכי ע"ז ברמיזותיו, אבל גבי נר ומנורה שאני, כיון דאיירי התם בדספקי בביה"כ להאיר להמתפללים זולת המנורה ההיא, כמו דאיתא במהרי"ק ובש"ך ובנ"י ריש ב"ב [דף ח'] בשם ר"י ועיי"ש, וכיון דלא נתקדשה מעולם, וגם אי אפשר שתתקדש עוד, שהרי כל עיקר קדושת המנורה הוא מפני שמאירה למתפללים, וכיון שכבר ישנו שם כדי הספוק שוב א"א שתתקדש עוד, ומשום הכי כל מצוה כל דהו מיקרי לגביה עילוי יתירא, שהרי למה שנדרה היא כשרגא בטיהרא וכן נראה ברור. ובזה יתישבו כמה קושיות כמו שנבאר אפס מנהו להלן:

ונמצא לפי"ז גבי מנורה גופה בעינן את מפניהם, היכא דלא ספקי בביהכ"נ מנורות די ספוקם. אזי גם זטו"ה במא"ע אינם רשאים לשנותו רק לעילוי, והיכא דספקי גם בפחותה סגי, ותרווייהו מחד טעמא. דהיכא דספקי, גם הפחותה בשם עילוי יכונה, כיון דלא נצרכה כלל לצורך מה שנדר, ונצרכה עפי לדבר אחר ואין לך עילוי גדולה מזו, ומשום הכי הוא דקשי' ליה לש"ך [בסי' רנ"ט ס"ק י'] על המרדכי דמתיר לשנות המנורה כשלא הדליקו בה עדיין אפי' היכא דלא נשתקע שם הבעלים גם לדבר הרשות. דכיון דגבי מנורה איירי בדספקי בלעדו. מה לי הדליקה או לא הדליקה. דגם בהדליקה לא נתקדשה עדיין. ובלתי אפשרי שתתקדש עוד, ואפ"ה אסור היכא דלא נשתקע שה"ב לדבר הרשות, אבל המרדכי לטעמי' אזיל דס"ל דגבי מנורה איירי התם בדלא ספקי ולצורך עילוי, כמו דאיתא להדי' במרדכי ר"פ בני העיר גבי אורח שהתנדב קרקעו לצורך ביהכ"נ. דמחלק שם דגבי מנורה שאני מפני שנתקדשה כבר. אבל מכל מקום הדין עם המהרי"ק דבעיקר הדין לא יחלוק שום פוסק דהיכא דספקי רשאין לשנותן אפילו לפחותה דתרווייהו בחדא מחתא מחתינן נהו וכמ"ש:

איברא עדיין קשה על המרדכי. דאיך אפשר לאוקמי ההיא דמנורה בדלא

בדלא ספקי ובעילוי יתירא כקושי' מהרי"ק מדמפלגינן בין דבר רשות לדבר מצוה. ועשה מזה הכרעה מוכרחת לבלתי ישונה אליבא דכ"ע. גם בלא זה קשי' על המרדכי בפ' בה"ע דמאי קשי' לי' ההם מערכין. דמנא ליה דהתם בחורה מיירי. ופשטא דמילתא משמע שאחד מבני העיר הקדישו. ומנא ליה להקשות ולשנויי. ונראה, דהנה התם בערכין מחלקינן בברייתא בין דבר רשות לדב"מ, ובזה קמה ונצבה הוכחת מהרי"ק, דאפי' ללפחותה ממנו איירי, והיינו בדספקי. וקושי' המרדכי אזלא למאי דאיתא התם אמר ר"א אמר ר"י א"י שהתנדב מנורה לביהכ"נ עד שלא נשתקע שב"ע אסור לשנותו משנשתקע שב"ע מותר לשנותו. למאי, אילימא לדבר רשות מאי איריא א"י אפי' ישראל נמי, ומאי קושי' דהא ישראל דומיא דא"י שאינו מאנשי עדתם שרינן אפי' לדבר רשות. משום דהתנדב רק על דעת אנשי העיר. ומזה הוא דקשיא ליה למרדכי, למאי שפסק לעיל דגבי איש אחר שאינו מאנשי העיר דמותר לשנות אפי' לד"ר, כמ"ש המ"א [בס"ק ל"ה] וע"ז מתרץ דמימרא דר"י מדמפליג בין נשתקע ללא נשתקע. שמע מינה אפי' היכא דלא ספקי, והשתמשו במנורה זו לצורך. אפ"ה שרי בנשתקע ואסור בלא נשתקע. וע"ז הוא דמקשה שפיר דבכהאי גוונא אפי' בישראל דומיא דא"י. שאינו מבני העיר ג"כ אסור לשנות לדבר רשות מפני שכבר נתקדשה המנורה, ועיין כי נכון הוא:

גם יתיישב ברווחא קושי' מ"א [ס"ק כ"ז] שהקשה וז"ל. ול"ע מאי שנא ממנורה דכתב בי"ד [סי' רנ"ט ס"ג] דשרי לשנותו לד"ר, דהתם איירי בדספקי, וכמ"ש המהרי"ק והש"ך. ונמצא דלא נתקדשה מעולם. ומה שהקשה על תשובת הרא"ש [כלל ה'], ותירוצו דחוק למאד, דאיך אפשר לומר דאיירי כשבנו ביהמ"ד אחר, כיון שמזה לא איירי השואל. ונראה דבתשו' ס"ל כדעת הרמב"ן דאגורי ומשכוני אסור זה בבני העיר או בז' טו"ה לחוד. וכן במתנה דפליגי נמי בכה"ג. אבל שבעה טובי העיר במה"ה יכולין אפי' להפקיר. כמ"ש בחידושי רשב"א במס' מגלה בשמו. דדמי לתשמישי מצוה ולאחר זמן מצותן, עיין מש"כ בזה [אות ז' א"ק ג'].

ד בגבו לענייס במידי דאינו דבר קבוע. דאסור לשנות אפי' לדבר מצוה רבה אם לא עפ"י זטו"ה במה"ה. כמ"ש הפוסקים. האשר"י ריש ב"ב [דף ח'] ומהרי"ו ומהרי"ק, מקורו מפ"ב דשקלים ומירושלמי שם, והקשה המורי"ק [בשורש ה' וקכ"ח] ממנורה. ומתרץ דאיירי בדספקי בביהכ"נ זולת המנורה הזאת. ומאי קשיא לי' כיון שגם במנורה איירי זטו"ה במה"ה, כמו דאיתא להדי' באשר"י ריש פ"ק דב"ב [דף ח'] שמביא התם להדיא בדברי ר"י מיגאש ז"ל, והיא דישראל שהתנדב מנורה וכו' שאני התם דכל המתנדב לצורך ביהכ"נ על דעת הצבור הוא מתנדב. דבהכ"נ עצמו יכולין למכרו ואפי' למישתא בי' שכרא וע"ש. וזה לא שרינן אלא בזטו"ה במה"ה. שמע מינה דגם גבי מנורה איירי נמי הכי. ונראה, דמ"מ קשי' ליה בתרתי. חדא דגבי מנורה שרינן אפי' לדבר רשות היכא דנשתקע. וגבי מידי דלאו קבוע לא שרינן בירושלמי עפ"י זטו"ה במה"ה רק לדבר מצוה דוקא. כמ"ש הש"ך [בסי' רנ"ו ס"ק ז'] ועוד דאפי' בלא נשתקע שרינן מיהת לדמ"ל אפי' בפחותה הימנה, אפי' בלא זטו"ה, במה"ה לחוד, כמו שהוכיח האשר"י לעיל מההוא טייעא דאנדיב שרגא ושייא חזקה. ומשו"ה הוצרך לומר דמנורה איירי ג"כ במידי דקביעי כגון בדספקי. כמ"ש בסי' קכ"ה, ובסי' ה' מתרץ באופן אחר. ודבריו סותרין אהדדי לדינא למעיי"ש, ועפ"י דברינו הנ"ל מתורץ על נכון. וכמו שנתבאר להלן [באות ז' א"ק ג']:

ה לענין ביה"כ של כרכים, מבואר הדבר בתשו' פנ"י [סי' ז'] דלא מיקרי של כרכים. אלא היכא שיושבין שם בקביעות אורחים כמעט חצי שנה או יותר. וברוב פעמים נמצאים בה עשרה בטלנין מעלמא. וז"ל שם לא נמצא הרבה קהילות במדינה שיהא דין זה שייך, כי אם בקהלה שיש שם הרבה ירידים בשנה ואורחים חונים שמה כמעט חצי שנה או יותר, דאז הוקדשו לדעתם כיון שצורך להם ליכנס בבהכ"נ וכו' עכ"ל. וכן מבואר במשאת בנימין סי' ל"ג (מובא ג"כ במ"א סי' קנ"ג ס"ק י"ז) ועליהם יש לסמוך ובפרט שהוא רק מעלה מדרבנן כמ"ש הפ"י שם. ופסק כן לדינא בבהכ"נ בק"ק הורארנא:

ועוד נלפענ"ד דאפי' לטעם הראשון משום דנתנו לזה מעלמא. זהו כשהיו רבים שם מעלמא והתנדבו לזה, ולהכי לא מהני זטו"ה במה"ה. לפי שהם אינם נכנסים בעול אנשי העיר שיתבטלו דעתם נגדם. רק על דעתם התנדבו, אבל כל כמה שלא היו רבים ביחד רק איזהו מיחידים דעלמא מדי עברם בעיר הזאת התנדבו בתוך המתנדבים בבני העיר. אפי' היה כן כו"כ פעמים, אזי אמרינן להיפך שרק על דעת בני העיר התנדבו. ודי גם באנשי העיר לבד ולא בעי זטו"ה במעמ"ה יחד. וראיה ברורה לזה, דאל"כ קשי' מדברי מרדכי הנ"ל ופסקינן כן בשו"ע [סי' קנ"ג סעיף י"ד] שבאם התנדב קרקע לביהכ"נ ואיננו דר באותו העיר. אזי יכולים בני העיר לבדם לשנותו אף לדבר הרשות. ואם הוא מבני העיר אין יכול לשנותן רק לדבר עילוי. וע"י זטו"ה במה"ה דוקא, ואיך יהיו הסברות הפוכות לגמרי מהיפך להיפך. שהרי בבית הכנסת של כרכים אמרי' להיפך, דשמא יש אחד בקצה הארץ שאיננו מסכים לדעת אנשי העיר וטוביהם. אלא משום דהתם מפני שרבים מעלמא היו יחד ושפה אחת לכולם כשהתנדבו. לכן אמרינן דמסתמא לא ביטלו דעתם נגד דעת אנשי העיר וזטו"ה. ומשו"ה אפי' שהסכימו עתה רוב מן האורחים שרגילים לבוא שמה. עדיין חיישינן לאחד מהם שהלך לעלמא. אבל כשהתנדבו כל אחד ואחד בפ"ע. אזי אמרינן להיפך דמסתמא ביטל דעתו לגמרי והתנדב רק ע"ד בני העיר לחוד. וכן משמע להדיא מלשון רבותינו. וז"ל הר"ן שם, יש מפרשים דהיינו טעמא משום כיון דמעלמא קאתו לה רבים הוליאו בבנינה. ושמא יש אחד בסוף העולם שהוליא בה וחלקו מעכב עכ"ל. דלמה התחיל ברבים וסיים מפני יחיד. וגם שהוא שפת יתר לגמרי. כיון דסוף סוף חיישי' ליחיד. הו"ל למינקט בקצרה דחיישי' שמא יש א' בסוף העולם שהוליא בה. ולמאי שכתבתי זהו כוונתו דדוקא היכא שהיו רבים ביחד ובעצה אחת הסכימו להתנדב נדבותם, אזי הוא דאמרינן שגם כל אחד ואחד מהם לא התנדב ע"ד זט"ה ואנשי העיר. (ואין לתרץ וליישב קושי' הנ"ל, דבהתנדב קרקע שאני לפי שעדיין לא נשתמש בה לדבר שבקדושה, אבל בביהכ"נ של כרכים שכבר התפללו בתוכה דמי למנורה דאפי' כשהוא מעיר אחרת אין יכולין לשנותו כמו שמתרץ המרדכי שם, וכמש"כ לעיל [באות ג'], דזה אינו, דמידי טעמא היכא שכבר נשתמש בה ונתקדשה הוא רק מפני מילתא דאיסורא. דאין להורידו מקדושתו. ובבהכ"נ של כרכי' אמרינן דאפי' לעילוי יתירא והקדושה חלה על הדמים. ואפ"ה אסור למוכרו מפני דעת הנודר, ועיין):

ו ובדי לברר הענין בשלימות נבאר עוד פרט זה. באם הנודר הוא מבני העיר או שאיננו מבני העיר. החילוק ביניהם בתרי גווני. חדא, לא מיבעי בדבר שאינו מסויים. דאזי כשאיננו מבני העיר ועודנו לא נשתמש לדבר שבקדושה. דאז יכולין בני העיר לחוד לשנותו אפי' לדבר הרשות. משום שעל דעת בה"ע לבדם נדר וביטל דעתו נגדם. וכשם דמהני זטו"ה במאה"ע נגד אחד מבני העיר. ה"נ מהני בחד מנהו (או בזטו"ה או בבני העיר), כשאיננו מבני העיר. אבל באחד מאנשי העיר יכולין לשנותם שניהן יחד זטו"ס במה"ה אפי' לדבר הרשות ואפי' בלא חילול כלל, כיון דעודנה לא נתקדשה, ואפי' לדעת הרמב"ן דהטעם משום אכחושי מצוה וביזוי מצוה. מ"מ נ"ל דכל זמן שלא נשתמש לדבר מצוה, לא מצרכינן לידי חלול כלל. וכמש"כ לעיל [באות א']. וכן מבואר בפ"ס ריש פרק בני העיר [דף כ"ו] והני מילי בעתיקי אבל בחדתי לית לן בה. וכשנדרו דבר מסוים ועדיין לא נתקדשה ולא נשתקע שם הבעלים. אזי כשאיננו מבה"ע יכולין ג"כ לשנותן אפי' לדבר רשות בחד מנהו. וכשהוא מבה"ע אזי אפי' שניהם יחד אין יכולין לשנותן אפי' למצוה הפחותה ממנו. רק בעילוי יתירא וע"י שניהם יחד זטו"ה ובמה"ה. ותו אפי' כשמוחה בפירוש לא מהני. וכמש"כ לעיל (באות ב') ובנשתקע שם הבעלים. או בדבר שאינו מסוים. אזי כשאיננו מבני העיר יכולין בני העיר או זטו"ה לחוד לשנותן אפי' לדבר רשות. שהרי באיש אחר שאיננו מבה"ע לית לן לאפלוגי בין נשתקע ללא נשתקע. כמבואר במרדכי גבי נדר קרקע לביהכ"נ. ובאחד מבה"ע שנדר. אזי בחד מנהו באנשי העיר לחוד או זטו"ה לחוד בעינן שינוי לעילוי יתירא. אפי' שלא כדרך חלול כיון דעדיין לא נתקדשה. ודין זה מקורו ביו"ד [סי' רנ"ט ס"ב] אבל זטו"ה במה"ה יכולין לשנותן אפי' לדבר רשות. ואפי' שלא בדרך חילול והפקעה. ומהני בכל הנך דינים. דכללא הוא דכל זמן שלא נתקדש ונשתמש בו למצוה אין צריכין להפקעה וחילול. והיכא שכבר נשתמשו ונתקדשו. אזי בדבר שאינו מסויים או אפי' במסוים

במסוים ונשתקעו שהב"ע. אזי באים אחר יכולין זטו"ה לחוד או אה"ע לחוד לשנותן אפי' לדבר רשות. ובדרך חילול והפקעה דוקא, דאע"ג שביטל דעתו נגדם, מכל מקום במה תיפקע קדושתן. וגם לגבי אים אחר אפי' בדבר מסויים ולא נשתקע שהב"ע נמי דינא הכי. [וכן משמע להדיא מדברי המרדכי בנדר קרקעו. דמתרץ התם על קושיתו מב"ב דהתם בזטו"ה במא"ה. ש"מ דהכא איירי בחד מנהו. וגם כשעדיין לא בנו בוודאי לא נשתקע שהב"ע. והיכא שכבר נתקדשה, מקורו מתירוצו שם דמתרץ על האי דמנורה דערכין. ולפי מ"ש לעיל באות ג']. ובאחד מבה"ע אזי בחד מהנך, דהיינו דבר שאינו מסויים או מסויים ונשהקע. אין יכול לשנותן ע"י חד מהם אלא דווקא ע"י שניהם דהיינו זטו"ה ובמא"ה ואז יכולין לשנותן אפי' לדבר רשות. ובחד מהם א"י לשנותן אלא לעילוי יתירא. ובשניהם בעינן דרך חילול והפקעה דווקא. וזהו ששנינו להדיא בפרק בני העיר. ובדבר מסויים אזי אפילו לעילוי ובדרך חילול יכולין הבעלים לעכב ולמחות. רק שניהם יחד זטו"ה במא"ה יכולין למכרן בדרך חילול ולעילוי דווקא. אבל לצורך עילוי בלא חילול אסור. כגון להלוותן או למשכן:

ז **ועתה** נביא הנה פרטי הדברים ונבאר מקור הדברים בדרך קצרה:

א] **מה** שכתבתי לעיל [באות א'] נראה דזהו אליבא דכ"ע דלקושטא פסקינן דהזמנה לאו מלתא. ואפי' לדעת הש"ך ביו"ד [סי' רנ"ט ס"ק ד'] דגביית המעות הוי מעשה. והמ"א [סי' קנ"ג ס"ק ה'] ובט"ז שם [ס"ק ב'] מחולקים עליו. ונראה דלקושטא לא פליגי. רק דאסברו הדבר בסברות שונות קצת. ולכ"ע לא נתקדש המעות שנגבה. אע"ג שעשה מעשה רבה. וכן כשגבו לצורך המת אין עליו שום נדנוד איסור מתורת איסורי הנאה. שהרי ההורג בגד למת כבר טרח במעשה יתירא. רק לענין איסור הורדה ממצוה זו שנגבה לצורכו. אסברי' ליה הש"ך דדמי כאילו הגיע כבר לתכליתו. שלצורך מצוה שגבו כבר הגיע לתכליהו. שהרי עתה כבר היפקו די הצורך למצוה זו. ומש"ה הוא דאסור לשנותן לפחותה הימנה. והמ"א והט"ז אסברו משום כחושי מצוה וביזוי מצוה. אבל כ"ע מודים דכל זמן שלא התפללו בתוכו ולא התחילו במצוה שנגבה בעדו. דעדיין לא נתקדשה. ואין צריכין לתורת חילול והפקעה. ומש"ה גם בני העיר לחוד יכולין למשכן לצורך עילוי. וזטו"ה במה"ע יכולין לשנותן לדבר רשות אפי' בלא מכירה כלל:

ובזה יתיישבו דברי תשובת הרא"ש דסתרי אהדדי לפום רהיטא. והש"ך הביאן יחדיו שם. גם יתיישב לן קושי' הש"ך שם על מש"כ הרא"ש ומשום הזמנה אין לאסור. דאפי' למ"ד הזמנה מילתא הוא הני מילי וכו' אבל האי כשווי לארוג דמי. וז"ל שם, ול"ע דאפי' למ"ד הזמנה מילתא היא. מ"מ הא מקדושה קלה לחמורה שרי. ולדברינו ניחא והכי פירושו דאם נימא דהזמנה מעליותא היא והוה כאילו כבר חייל הקדושה על הדמים אין אפשר להחליפן לת"ת בלא חילול כלל. במה תיפוק קדושתן שהרי נגבה לבהכ"נ שעתידה שתתקדש תמורת הדמים. ועתה ניתנם למלמדים או לתלמידים לצורך חולין ממש. וע"ז משני דהכא אליבא דכ"ע עודנו לא ירדה לתורת קדושה כלל:

ודע דעיקר דין זה שם [סי' רנ"ט ס"ב] איירי דווקא בבני עיר לחוד או בזטו"ה לחוד. אבל שניהם יחד יכולין לשנותן אפי' שלא ע"י חילול ואפי' לדבר רשות לצורכי הקהל וכמש"כ בטעם הדבר. ואעפ"י שקיצר בשו"ע אכן מקורו מתשובת הרא"ש [כלל י"ג סי' י"ד] ושם מוכח דאיירי בבה"ע לחוד. וז"ל, על אודות הצדקות שמתנדבין לצורך ביהכ"נ או לצורך בני עיר יכולין בני העיר לשנותן לצורך ת"ת שהוא עילוי קדושה חמורה כדאיתא במגלה בני העיר שמכרו רחובה וכו' אבל מכרו תורה לא יקחו ספרים וכו' וע"ש. הרי להדיא דאיירי בבה"ע לחוד. שהרי גם התם שרי בשניהם יחד. ואפי' לדבר רשות שרי. מה אמרת דשאני התם שהיה בדרך חילול ונפקע הקדושה דאם כן גם לעילוי אמאי שרינן הכא. שהרי התם לא שרינן אפילו לצורך עילוי רק בדרך מכירה וחילול. אבל להוזפי ולמשכוני אסור. והכא מוליאין המעות לגמרי לחולין. רק שהוא לצורך עילוי. סוף סוף במה תיפקע קדושתן. אלא ע"כ צ"ל שעדיין לא חיילה שום קדושה על המעות. וכן על ביהכ"נ גופא כ"ז שלא התפללו בתוכה. אם כן ממילא נשמע כשם דהתם שרינן בזטו"ה במא"ה בדרך מכירה וחילול אפי' לדבר רשות. ה"ה נמי דשרי הכא לד"ר אפי' בלא מכירה וחילול. ואפי' לדעת רמב"ן מובא בר"ן ריש פרק בני העיר דס"ל דבהכ"נ הוה כתשמישי מצוה. ועיקר הדבר משום ביזוי מצוה והכחושי מצוה, וביזוי מצוה איתא גם בדמים שנגבה לחוד כמ"ש המ"א וט"ז. מ"מ גם לדעתו בע"כ צ"ל דדווקא היכא שכבר התפללו בתוכה. דמ"מ אית בה משום קדושת כבוד כמ"ש שם להדיא. משא"כ כשעדיין לא נתקדשה ולא התחיל בעשיית המצוה. דהרי להדיא מבואר שם גבי ליבני דבחדתא לית לן בה:

ב **מה** שכתבתי [באות ב'] לחלק בין דבר מסויים לגבו מעות ובנו ביהכ"נ מנדבותם, מקורו הוא מערכין ממנורה, ובלא נשתקע שם הבעלים, והוא טעמו דהמרדכי שם פ' בני העיר כשהתנדב קרקע לביהכ"נ משום דהוה דבר מסויים, ולא נשתקע שהב"ע, ומש"ה אין יכולין בני העיר לבד לשנותן אפי' לצורך עילוי רק בהדי זטו"ה ולעילוי דווקא. ובזה נשתנה דבר מסויים מדבר שאמ"ס, דבדבר שאמ"ס יכולין בה"ע לחוד לשנותן לצורך עילוי, וזטו"ה במאה"ע אפי' לדבר רשות ואפי' למשתי ביה שכרא. ובדבר מסויים בעינן דווקא זטו"ה במא"ה ולצורך עילוי, כדמשמע פשטא דשו"ע [בסי' קנ"ג סעיף י"ד]. ואפי' לדעת מ"א [בס"ק ל"ה] זהו כשאיננו מאנשי העיר. אבל באחד מאנשי העיר בעינן דווקא זטו"ה במא"ה ולעילוי יתירא. ובזה יתיישב קושית המ"א שם [ס"ק ל"ו] וז"ל ול"ע דמביהכ"נ לביהמ"ד כמ"ש ביו"ד [סי' רנ"ט ס"ב] דאפי' הבעלים מעכבין שרי. דהתם שהתנדבו מעות איירי לצורך ביהכ"נ והכא איירי בדבר מסויים:

ג] **מש"ב** לחלק במנורה דאיכא תרי גווני היכא דספקי רשאין לשנותן אפי' בני העיר לחוד ואפי' הגבאי לבדו. אפי' למצוה הפחותה ממנו כמש"כ לעיל [באות ד'] בשם הרא"ש. והיכא דלא ספקי וכבר נתקדשה. אזי בעינן עילוי יתירא וזטו"ה במא"ה. מפני שהוא דבר מסויים ולא נשתקע שהב"ע. טעמא וחילא דידי. משום דדמי לדינא דמרדכי הנ"ל מובא לפסק הלכה בא"ח [שם סעיף י"ד] ואסבריה למילתא משני מימרות דר' יוחנן בערכין [דף ו'] דמעיקרא דמחלק בין דבר רשות לדבר מצוה, דשמע מינה דאיירי אפי' במצוה כל דהו, משום דההם איירי בדהפקי וכמ"ש מהרי"ק, והסברתי הדבר מפני דמעולם לא נתקדשה וכל דבר מצוה הוה לגבי מה שנדר לעילוי יתירא, ומימרא שניה דר"י דמחלק בין נשתקע ללא נשתקע, ובין ישראל לנכרי, ושקלינן וטרינן התם דבע"כ איירי לדבר מצוה דבדבר רשות אפי' ישראל נמי לא, ומשום דמשמע דאפי' ישראל דומיא דנכרי נמי אסור, ואמאי, הא כשהנודר איננו מאנשי העיר לא מחלקינן בין נשתקע ללא נשתקע, ואפי' בני העיר לחוד יכולין לשנותן אפי' לדבר רשות, אלא ודאי דמימרא שניה דמחלק בין נשתקע ללנ"ש מיירי בשכבר נשתמשו במנורה ונתקדשה כבר, דהיינו בדלא ספקי, ונתקדשה ע"י שהאירה למתפללין. כמ"ש הש"ך גם דדמי לביהכ"נ, ומש"ה אפי' כשאיננו מבה"ע, מ"מ אסור לשנותן ע"י בה"ע לבד רק לצורך עילוי, או אפי' לדבר רשות ובדרך מכירה וחילול דוקא, דאל"כ במאי תיפקע קדושתן, והתם משמע דשרי לשנות המנורה עצמו, ומש"ה קשיא ליה דאי בדבר רשות אפי' ישראל נמי לא:

ובזה מרווח לן ליישב דברי תוס' שם בד"ה אילימא לדבר רשות וכו' יעויי"ש, ולווחו ע"ז שהוא נגד כל הפוסקים דבנשתקע שרינן אפי' לדבר רשות, כמבואר ברמב"ם ושאר פוסקים, וכדאי' בסעיף ג'. אמנם זה אינו. דהתם איירי בדספקו ולא נתקדשה מעולם. ותוס' קאי על מימרא בניה דר"י. דבע"כ איירי בדלא ספקי ונתקדשה. דאזי אפי' זטו"ה במא"ה אין יכולין לשנותן בין לדבר רשות ובין לדמ"ל. רק דרך מכירה וחילול דוקא. והתם משמע דקאי על המנורה עצמה. ובזה יתישב היטב דברי מהרי"ק שסותרין אהדדי להדיא. דבשורש ה' מסיק שם דמותר לשנות מעות א"י לצורך ביהכ"נ בירושלים משום דהיא מצוה רבה. ועיין בתשו' סי' קכ"ח שמוכיח זה מירושלמי דביהכ"נ הוה מצוה יתירא מלחלק לעניים. ואע"ג דלא קביעי ויפסידו העניים. והוכיח זה ממנורה דיכולים לשנות לדבר מצוה אפי' בלא נשתקע. ולדבר רשות בנשתקע. והלא פשיטא שאין חוזרין ונפרעין מנורה אחרת. דא"כ אפילו מעלתי ל"ל. ועוד דס"ם בין וכו' אלא הטעם משום שהוא טרחא יתירה לגזברים יעיי"ש. ובסי' קכ"ח פשיטא ליה דאיירי בדספקי. ואם כן נסתר דינו ועיקר הוכחתו בשורש ה'. ולדברינו ניחא היטב. דבשורש ה' הוכיח כן ממימרא

ממימרא שניה דר"י. והתם בסי' קכ"ח קאי על מימרא ראשונה דר"י. ולפי"ז נ"ל דדינא דסעיף ג' ביו"ד שם גבי מנורה לנדרין קתני דלדבר רשות דהרי בנשתקע הוא דוקא ע"י זטו"ה במעמ"ה ולדבר מצוה אפי' אנשי העיר לחוד ואפי' הגזבר לחוד יכול לשנותן. כמ"ש הרא"ש ב"ב הובא לעיל. ונ"ל דסמך א"ע בכל פרטותיהן למה שמבואר באו"ח. וכן מימרא שניה דר"י שלא הובא כלל בש"ע שם. מפני שזה עצמו הוא מבואר בא"ח [סי' קנ"ג סעיף י"ד]. ואע"ג דבנתקדשה כבר אפי' כשאיננו מבני העיר אסור לשנותן משום דאין מורידין. זה מובן ממילא מכללות הדינים שם:

ד] מש"כ דבמידי דלא קביעי אסורין לשנות לדבר רשות כמבואר בפוסקים. ואם כן בביהכ"נ נמי היכא דמעולם לא היה להם אלא ביהכ"נ לחוד או ביהמ"ד לחוד ומספיק להו בחדא. הוי כמילתא דקביעי. ועיין במ"א [ס"ק י"ו] דדוקא כשבנו אחרת מחדש. דאל"כ אפי' בכפרים אסור. ומשיג בזה על המ"ב. ועיין בס' קהלת יעקב שמשיג עליו בזה. ואין להוכיח כלל מסתירת ביהכ"נ. דהתם משום הורדת קדושה אסורה. דאין לסתור דבר בבהכ"נ שנתקדשה. משא"כ הכא כיון שמכרו ואיילא הקדושה על הדמים ולצורך עילוי באנשי העיר. או בזטו"ה ובמעמ"ה אפי' לדבר רשות. מפני שהקדושה כבר נתחללה. ואפי' לדעת מ"א, זהו בביהכ"נ שכבר נתקדשה:

ה] מש"כ לחלק בין כשנדרו בכנופי' ובין כשנדרו בסירוגין כל אחד ואחד בפ"ע. זה ברור ונכון לדינא לפענ"ד, ומש"כ המ"א [ס"ק י"ב] דאמרי' מסתמא רבים נתנו לזה. ולא מהני היכא דתלו בדעת היחיד. זהו בביהכ"נ של כרכים. דהיינו שמצויין שם אורחים בקביעות. דאזי אמרינן אפי' כשלא התנדבו לזה. דמסתמא הקדישוה לרבים. היינו שבני העיר בנו אותה לצורך רבים. ולהכי מהני היכא דתלו בדעת יחיד. כיון שגם הבנין ועיקר קדושתה באה על ידם. אבל היכא שהתנדבו לזה אפי' בפרטות שלא בכנופי'. אפשר דלא מהני מה שתלו הם בדעתו. כיון שגם הם התנדבו לזה, ונתקדשה גם בשבילם. אבל בביהכ"נ של כפרים דלא נתקדשה בשבילם. רק מפני שהם התנדבו לצורך בני העיר. אזי דוקא כשהתנדבו בכנופי' יחד. וע"ד רמ"ע כבר מקיים במ"א שם ומרמז בזה דמ"מ לא אמיר מביהכ"נ. דהיינו כל זמן שאינן של כרכים אפי' שהתנדבו לזה אפי' בכנופי' לא מהני מחאתו למאי דפסקינן בש"ע:

כל זה רשמתי לעצמי כאשר שמתי עיוני בזה למען היות לי למזכרת. ושלחתים לידו שישים עיונו בזה היטב במתון רב. ומובטחני כי יתענג בזה אחר עיונו בכל מקומות השייכים לזה. ולמען ידע שראיתי גם את דבריו היקרים אשמיטם אתו בדבריו, בשגם כי טירחא יתירא לפני מ"מ כיון שעיקרן נאמרים לדינא. ולמען ירבה ויגדיל שקידתו בעיון נמרץ במילין דאורייתא אמלא רצונו בזה הפעם:

ח מה שהקשה כ"ת איך יכולין זטו"ה במעמ"ה למכור אפי' למיסתי ביה שכרא, דלמה יעדיפו מיחיד שנדר שאינו יכול לחזור בו. זה מבואר בפירוש בכל הפוסקים. ועיין בהגר"י ב"ב [דף ח'] וז"ל. והטעם לפי שהמתנדב להביא ליד גזבר על דעת גזבר הוא מתנדב. ודמי לנדרי אשתו דאמרי' כל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת, בנדרים [דף ע"ג] ובר"ן שם. וביותר מזה מצינן שאפי' בתרומת הלשכה שגופן קדוש ומועלין בהם. ואפ"ה תנן בהדיא בפ"ד דשקלים משנה ב' ואמת המים וחומת העיר ומגדלותיה וכל צרכי העיר [פי' לשומרי העיר] באין משירי הלשכה. ואפי' אם תימצי לומר דהתם משום דלב ב"ד מתנה עליהם. דה"ה נמי זטו"ה במעמ"ה חשובים בעירם כב"ד הגדול לכלל ישראל. כמבואר במהרי"ק כמה פעמים:

ובזה מתורץ נמי מה דהקשה מעלתו על המרדכי מגלה ר"פ בני העיר כיון דנתן בפירוש לביהכ"נ מה בכך שלא התנה בתנאי כפול. דזה אינו דהכא כיון שהתנדב להביא ליד גזבר. ע"ד גזבר הוא מתנדב. ודמי לנודרת אע"פ שנודרת בפירוש בלא תנאי. ה"ה נמי שמתנדב ליד גזבר. ובזה כיון שהוא איננו מבני העיר עדיפא עוד דביטל דעתו אפי' נגד בני העיר לחוד:

ומה שרצה כ"ת לחדש על קושיא הראשונה שהטעם מפני שמכרו זכותן. זה אינו, דהתינח בנתרוקן זכותן. אבל מ"מ איך יחזרו להפקיע קדושת ביהכ"נ עצמה שנשתמשו בה תשמיש הדיוט. ואפי' לארבעה דברים למרחץ ולבורסקי:

מה שהעורר לניבעי זטו"ה שהיו בעת שהתנדבו המתנדבין. לכאורה יפה דיבר: ויש קצת מקום לזה מדברי מהרי"ק [שורש קנ"ג] וז"ל בתוך הדבור. כלפענ"ד כשר והגון שאם אפשר לו לראובן להמלך בראשי הקהל אשר היו אז בבבל כשנגבה הקופה ההיא של צדקה שימלך בהם ראובן. וכל דבר מצוה אשר יסכימו עליה כולם או רובם יעשו מהמעות וכו' יעיי"ש. אמנם זה הוא לרווחא דמילתא בדאפשר. אבל בשכבר מתו אמרינן דמסתמא דעת המתנדבין היה על זטו"ה שיהיו אז. וכן משמע פשטא דש"ס ופוסקים דאטו כולהו בבהכ"נ של הדור ההוא דוקא קתני. ומ"ש מעלתו מפני שמכרו זכותם והמתים שבקו לחיים לא נראה כלל וכמ"ש לעיל. ומה שהביא מאין אדם מוריש שבועה לבניו. אין זה ענין כלל להאי דהכא. דבדעת המתנדבין תליא להו. וגם התם הוא דוקא להוציא ולא להחזיק:

גם מה שהעורר מע"ה דבהכ"נ של כרכים במאי זכו דאין אדם זוכה בשלו לאחרים. בזה יפה העיר. דמשמע דחייבין לאחד בסוף העולם שעדיין לא התפלל מעולם בבהכ"נ הזאת. ונראה דלא מיבעי' לדעת הפוסקים משום שמסתמא נתנו לזה מאחר עיירות. ונמצא כמו שכל האומנים מקנים לבעל המעות [כמו כל המוכרים כמבואר במס' ב"ק בסוגיא דמי הודיעו ובראשונים שם. ובמחנה אפרים ה' שלוחין סי' ע"ו האריך בזה] דבין למ"ד אומן קונה בשבח כלי. ובין למ"ד אין אומן קונה בש"כ. מ"מ צריכין לומר דבשעת עשיית השבח הקנו תיכף לבעל המעות. רק למ"ד אומן קונה בש"כ יש בו קצת קנין כמו גבי משכון [וגרע ממשכון כמ"ש הר"ן במס' שבועות בסוגיא דקלילה] אבל עיקרן קנוי לבעלים בשעת עשייתן. וכן לדעת הפוסקים דפסקינן כוותייהו. כדאי' בש"ע [סי' קנ"ג סעיף ז'] משום שרבים מצויין שם בקביעות מסתמא הקדישוהו לכל העולם. האומדנא זה במתכונתה לא תוסלל נמי גבי אומנין עצמן. וכיון שציוו לאומנים שיבנו ביהכ"נ בכרך. הרי זה כאלו אמרו בפירוש שיבנו לכולי עלמא ולכל מי שירצה להתפלל בתוכו. והרי הקנו האומנים את שבח הבנין לכולהו. ואפי' לדעת רבינו ירוחם מובא בב"י ובש"ך [ס"ק ב' בסי' קפ"ג] דבמעות הצלית אמרינן מי הודיע. אבל בנדון דידן הוי כאלו הודיעו בפירוש. ומה שכתב דבזמנים הללו כפל היתירא דמהר"ם לובלין בתשו' [סי' נ"ט] בזטו"ה אפי' בכרכים. הדין עמו:

ומה שחשש לחומרא דתשו' מהר"ם לובלין [סי' נ"ט] שם לעשות גן ירק בעז"א זהו בבה"כ, של כרכים. רק שחידש מפני דדמי לתלו בדעתו. ומשום האי טעמא הוא דחשש להחמיר בזה. אכן במקום שאין לחוש ולדמותו לכרכים אין לחוש לזה. רק בזאת צריכין להזהר טובא. שבעת שיתקבלו יחד זטו"ה בפירסום שיתנו תיכף בשעת מכירה עם הלוקח שהרשות לו שישתמש בכל דבר. כדעת הרמב"ם שם [פי"א מה' תפלה ה' י"ז]:

השמטה שגם לצורכי הקהל ישנו מצוה רבה הגדולה מכולם. והוא לצורך פדיון שבויים כמבואר [בסי' רנ"ב ס"א]. ודוקא בגמרו לגמרי. רק במ"א מביא שם גירסא אחרת ברמב"ם. עיי"ש [סי' קנ"ג ס"ק ל"ב ובאשל אברהם] אבל לדעת רוב הפוסקים ולפי הגירסא שלפנינו לית מאן דפליג. ואפי' בדבר שאינו קבוע. ועיין [סי' רנ"א סעיף י"ד] ועיין בתשו' מהרי"ק [סוף סי' קכ"ח] שמביא בשם תשו' רשב"א שע"י זטו"ה יכולין לשנות מעות עניים אפי' בדלא קביעי כדי להקל מעליהם עול שמן לביהכ"נ וע"ש. הרי אע"ג דלא מלאו דעת המתנדבים אפ"ה שרי. וכמ"ש לעיל. לפי שכל המתנדב ליד הקהל על דעתם התנדב. ואפי' לפי תשו' השניה. זהו בממון עניים דוקא לפי שכבר זכו עניים. וכמ"ש בט"ז [סי' רנ"ע ס"ק ה'] אולם מה שמדמה שם בהתנדב לצורך בית עלמין למנורה דלא נשתקע. כלפע"ד כמ"ש לעיל [אות ב']:

ירח תמוז שנת תרי"ג לפ"ק קוטנא.

הק' משה יהודה ליב.

סימן ג

בדיני ברכת חינוך ביהכנ"ס

ב"ה אור ליום ד' ז"ך אלול תרכ"ד לפ"ק, פה עיה"ק ירושלים תובב"א.

לכבוד ידידיי ואוהביי באהבת נפש ה"ה יד"נ הרב הגדול המופלג צדיק וישר מוהר"י זונדל שליט"א. וחתנו ה"ה יד"נ הרב הגדול החריף והבקי מוהר"ר **שמואל** שליט"א, יכתבו ויחתמו בספרן של צדיקים ונזכה לראות בעמוד הכהן לאורים ותומים אמן סלה:

א **אחרי** דרישת שלום כתר"ה. הן בשבוע העבר ליל ו' עש"ק נשאלתי מאת יקרת מעכת"ה לחוות דעתי בנידון בית הכנסת החדש יעמוד עד ביאת הגואל בב"א. כי בספר מחזיק ברכה מביא דעות חלוקות. הרב הגאון מוהר"י אבוהב ז"ל נוה לש"ן לברך שהחיינו. ובספר הלכות קטנות פסק שיברך הטוב והמטיב. ולפענ"ד לברר הדברים היטב. ונראה דאין מקום כלל לברכת הטוב והמטיב בבנין בהכ"נ, דברכה זו לא נתקנה רק על הטבה גשמיית ואית לאחרינא שותפות בהדיה. משא"כ בבנין ביהכ"נ דעיקרו נבנה לצורך מצוה ומצות לאו ליהנות ניתנו וכאשר נבאר. ולפי דעיקרה ביכנה תקנוה על שיתנו לקבורה. וכן בגשמים או בילדה אשתו זכר שכולם הם טובות גשמיות הנראים בעליל. וגם בילדה אשתו זכר. היא הטבה גשמיית כדאיתא בסוף נדרים [דף נ'] בעינא חוטרא לידא וכו'. וכן הוא להדיא בש"ס כתובות פרק אע"פ [ס"ד ע"א]. ועי"ש בפי' רש"י דדוקא על בן זכר שאין רשות אחרים עליו. ואפילו יש לה כמה בנים מאיש אחר. וכן מבואר בש"מ שם דא"י איזה מהם יוכשר. וכן הוא דעת הרא"ה שם. וכן משמע מטור וש"ע אהע"ז [סי' קנ"ד סעיף ו'] מדלא חילקו בזה. וגם לדעת הריטב"א [וברמ"א שם] שחולק על הרא"ה בזה בקל יש לחלק דדוקא להוציאה מבעלה בע"כ הוא דס"ל דבקל דחיק לטענתה משא"כ לענין ברכה שהרי תקנו גם על הטבה מעין הרעה. ואפילו לדעת הבעל המאור דס"ל בפרק ג' דר"ה השנה דמצות דרבנן ניתנו ליהנות. וז"ל והמודר הנאה מחבירו מותר לתקוע לו בשופר של מצוה ודוקא בשופר של ר"ה דמצותו מן התורה אבל בחצוצרות בתענית לא. חדא דנהי דניתנה ליהנות מ"מ אין זה הטבה רק במודר הנאה הוא דאסור לדעתו, ולפי שאסר על עצמו הנאה מחבירו והרי נהנה משא"כ לגבי הטוב והמטיב דמכל מקום הטבה ליכא למה הדבר דומה למי שרואה את חבירו תוך שנה ושמח בראייתו הוא ואחרים אתו דכל אחד מברך שהחיינו ולא הטוב והמטיב. וכדאיתא במגן אברהם [סימן רכ"ה ס"ק א'] דמכל מקום ליכא הטבה בפועל:

ב **ועוד** נראה לפענ"ד דאפילו לדעת בעל המאור דבמצות דרבנן ליהנות ניתנו. לאו כללא קא כייל לן לכל מילין דרבנן אלא דוקא בדרבנן שלא מצאו להם אסמכתא קרובה מן התורה כגון חצוצרות בתענית. וכדאיתא שם במס' תענית [דף י"ד ע"א] ד"ה בשופרות. ועיין ראש השנה [דף כ"ו] בפירוש רש"י ד"ה שמצות. אלמא דסבירא ליה שהוא תקנתא דרבנן לבד. לא כרמב"ם [פרק א' מהלכות תענית הלכה א'] ודבר זה יש ללמוד מדברי תוס' ר"ה [דף י"ב ע"א] ב"ה תנא דרבנן וכו' בסוף הדבור שחילקו כן בין תרומות ומעשרות של ירקות שהקילו בו יותר מעשר פירות. הגם שכולהו מדרבנן דמדאורייתא אינו אלא בתירוש ויצהר. מכל מקום גבי עשר פירות מצאו אסמכתא קרובה לדבריהם מה שאין כן גבי ירקות. וההכרח לזה הלא ממקומו מוכרע שהרי המודר הנאה מותר לתקוע לו תקיעה של מצוה. ומשמע בפשטא דתוקע לו מלכיות זכרונות ושופרות והלא חד מהם הוא מדרבנן כדאיתא שם [דף ל"ד] אלא ודאי כיון דמ"מ אסמכתא קרובה היא רק דאינה מוכרחת כל כך כאידך תרתי. לכן יצא מכלל דאורייתא אבל מכל מקום קרובה לדאורייתא. ואין לומר דלקושטא כן הוא דלדעתו אינו תוקע לו אלא שנים. דאם כן היכי שבק לשופרות ולראש השנה דמיירי ביה ונקט לחצוצרות ותענית דלא מיירי מהם. [אחר זה עיינתי בר"ן שם. ונראה דקושיא היא מתקיעות דמיושב. וי"ל בפשטא דהבעל המאור לא מיירי מזה]:

ולכן נראה דאפילו לדעת בעה"מ המודר הנאה מותר להוציאו בתפלה בר"ה הגם דתפלה מדרבנן כיון דנלמד מאסמכתא קרובה כמאמרם ז"ל איזהו עבודה שבלב זו תפלה. והכשר מצוה דינו כמצוה עצמה לגבי מודר הנאה [כמו שיתבאר להלן באות ד']. וכן נראה מפשטא דגמרא דמותר לתקוע לו תקיעה של מצוה. ומשמע דהתוקע מברך גם כן הגם שהברכות אינן אלא מדרבנן. אלא כיון שלמדו ברכות שלפני מצוה מאסמכתא דקרא כדאיתא בתוספתא דברכות [פרק ו'] וזה לשונו, ומנין שאפילו על התורה ועל המצות תלמוד לומר אשר נתן לך ולהלן הוא אומר ואתנה לך את לוחות האבן עכ"ל:

ועוד ראיה למאי שכתבנו. מנדרים [דף ל"ו] מקרא מאי טעמא לא ילמדנו וכו' מדרש נמי קמהני ליה. אמר שמואל במקום שנוטלין שכר על המקרא ומאי פסקא הא קמשמע לן. יעויין שם היטב במסקנא דמלתא. דפיסוק טעמים לאו דאורייתא ולהכי שרי ליטול שכר. ומשום הכי אסור במודר הנאה. והשתא כיון דצריך לומר דפיסוק טעמים לאו דאורייתא אם כן לדעת בעה"מ למה ליה לשמואל לדחוקי ולומר דמיירי במקום שנוטלין שכר הלא בלא זה ניחא. דמדרש שהוא מדאורייתא ולא ניתנה ליהנות משום הכי מותר. משא"כ מקרא דפיסוק טעמים שהוא מדרבנן וניתנו ליהנות להכי אסור. אלא ודאי דפיסוק טעמים שאני דבעל כרחו צריך לומר דאסמכתא קרובה היא שהרי רב סבירא ליה דהוא מדאורייתא ממש כמו שכתב הר"ן שם בד"ה ור"י. ואם כן גם לשמואל ור"י דסברי שהוא מדרבנן. מכל מקום מיהת מאסמכתא קרובה נלמדת. משא"כ גבי חצוצרות ותענית. ואם כן בנדון דידן גבי ביהכנ"ס דעיקרו לתפלה. גם לדעת בעה"מ לאו ליהנות ניתנה. לכן מהלין טעמים נראה דאין מקום כלל לברכת הטוב והמטיב דלא נתקנה אלא על הנאת הגוף. משא"כ ברכת שהחיינו דנתקנה על שמחה. וראיה מתוקע להוציא רבים ידי חובתן דלא מברך הטוה"מ רק שהחיינו לחוד:

איברא ראיה זו מנדרים יש לדחות. דבלא זה קשיא לר' יהודה דאית ליה בר"ה [דף כ"ח ע"א] דאפילו במצות דאורייתא דליהנות ניתנו, איך יפרנס משנה זו [ל"ה] וילמדנו מדרש הלכות ואגדות. וצריך לומר דעד כאן לא סבירא ליה לר"י דמחמת הנאה של מצוה אסור במודר הנאה. אלא במידי דעיקרו ממון כגון בשופר של עולה ושלמים. וכיון דליהנות ניתנה הרי נהנה מדבר שעיקרו ממון. אבל בלימודו מדרש הלכות ואגדות. דבעל כרחו מיירי בעל פה או בספרים של המודר אבל בספרים של המדיר פשיטא דאסור כדתנן לקמן [דף מ"ח ע"א] ואסורין בדבר של אותו העיר ואיזהו דבר של אותו העיר וכו' והתיבה והספרים. ועיין יור"ד [סימן רכ"א סעיף י"א] ובטורי זהב שם [ס"ק מ"ב] הרי דספרים כיון דמתקלקלים אסורים לכולי עלמא אפילו לדידן דמצות לאו ליהנות ניתנו. אבל גבי שופר דאינו מתקלקל. תליא בפלוגתא אם מצות ליהנות ניתנו דר"י. אוסר כיון דמכל מקום נהנה מדבר שהוא ממונו של האסור. ולפי"ז יש לתרץ גם לדעת בעה"מ. דס"ל דמצות דרבנן ליהנות ניתנו ואסור. זהו היכא דנהנה משל חבירו. משא"כ בלימוד לחוד כיון דאסור לקבל שכר הרי מצוי לקבל הנאה זו משאר בני אדם כיון דמצוה הוא ללמד לאחרים בחנם. ודמי לזבינא חריפא לגבי מוכר. ולזבינא דרמי על אפי' לגבי לוקח דמותר במודר הנאה [נדרים ל"א]. איברא ראיה נכונה לדברינו הנ"ל מעירובין [ל"א ע"א] דשרי להניח עירובו בבית הקברות. לפי דאין מערבין אלא לדבר מצוה ולאו ליהנות ניתנה. ומפורש שם [דף פ"ב] דהיינו ללכת אל בית האבל או אל בית המשתה [וכן הוא בפירש"י שם ל"א]. והרי מצות אלו מדרבנן הם. וקשיא לדעת רז"ה. אלא ודאי כיון דהנך כולהו בכלל גמילות חסדים הם **ונלמדו**

ונלמדו מאשמכתא קרובה והודעתם את הדרך ילכו בה זה גמילות חסדים. עיין בבא מציעא [דף ל'] דגם בקור חולים הוא בכלל ג"ח. שם לא נזכרה אלא לבן גילו:

אחר זה הראה לי תלמיד אחד מתלמידיי המופלגים נ"י שכן כתב הרשב"א בנדרים. ותהלה לאל ית' שכיוונתי לדעתו הגדולה.
וגם הראה לי שכבר עמדו בקושי' זו על ר' יהודה דס"ל מצות ליהנות ניתנו. בשער המלך [פרק א' מהלכות שופר] ובטורי אבן בר"ה השנה:
ולמאי שכתבתי נסתלקה הקושיא של בעל טורי אבן. שהקשה על תירוץ הנ"ל דאטו מי שיש לו בשמים של היתר ושל איסור היעלה על הדעת שמותר להריח בשל איסור כיון דיכול בשל היתר. ולמאי שכתבתי ניחא דגבי מודר הנאה לא נקרא תו שנהנה משל המדיר. וכמו שכתבתי לעיל דדמי לזבינא חריפא לגבי מוכר. וזבינא דרמי על אפי' לגבי הלוקח. עיין נדרים [דף ל"א ע"א]. משא"כ בבשמים דאיסורי הנאה שאיסורו משום השתנות החפץ שהוא של ערלה וכלאי הכרם וכדומה. וכמש"כ הר"ן שם בד"ה שאיני נהנה מישראל דהיכא דאסר על עצמו נכסיהם. אפי' לקח שוה מנה בר' אסור ליהנות. שנדרו כבר חל על נכסיהם. אבן בעל ט"א דרלה לומר מעיקרא סברא זו גם על לולב של עכו"ם דהיכא דאית ליה לולב כשר אפי' הכי מותר גם בשל עכו"ם לר' יהודה. שפיר הקשה מבשמים של עכו"ם. ויש עוד להאריך בזה ואין כאן מקומו:

ג ואין להקשות דהא תנן במתניתין [דף מ"ח] דגם ביהכ"נ מיקרי דבר של בני העיר ואסור במודר הנאה. אע"ג דמצות לאו ליהנות ניתנו. לרוב הפוסקים שלא חילקו בין מצוה דאורייתא לדרבנן ואפי' לדעת רז"ה. למאי שכתבנו לעיל [באות א'] גם כן קשיא. ונראה דלא קשה מידי שהרי כשנכסי החולה אסורין על המבקר גזרינן במודר הנאה שמא ישהה בעמידה עיין שם [דף ל"ט ודף מ"ב] גבי שביעית. מכל שכן לגבי ביהכ"נ דדרכו לשהות גם שלא בשעת תפלה פשיטא דאסור במודר הנאה. משא"כ לגבי ברכה דאזלינן בתר עיקרו וכיון דעיקרו לא להנאה פשיטא דלא שייך כלל לברך הטוה"מ דעיקרו לאו להנאת הגוף. הגע בעצמך בנה בית השותפין וקבע מזוזה [דפסקינן דמברך שהחיינו] היעלה על הדעת שיברך הטוה"מ. והרי בכל דבר דאיכא הטבה לאחריני ויכול לברך הטוה"מ. אזי דחינן לברכת שהחיינו מקמי'. לדעת רוב הפוסקי'. וכן פסקינן בשו"ע. ועיין בט"ז [סי' רכ"ב ס"ק א'] דלדעת הטור ורשב"א לחודי' ברכינן לתרווייהו. אלא ודאי בע"כ צ"ל דברכת הטוה"מ לא נתקנה על מצוה והכשר מצוה כלל וכלל. כן נראה לפי עג"ד ברור ונכון לדינא:

ד ועתה נבאר בברכת שהחיינו. הנה כשנשימה עיונו בסוגיות הש"ס נביעה ונראה דכשהנדון שאינו מבואר דמי לפום ריהטא במשקל האבון להמבואר. אך יש לחלק ביניהם בסברא הקבוע ע"פ ש"ס ופוסקים לגבי ענינים אחרים. אזי יאזדא ליה להלימוד לגמרי ואין בידינו לחדש לאחר חתימת הש"ס ברכה חדשה לגמרי. לכן גם בברכת שהחיינו דנתקנה בין על המצות ובין בהנאות הגוף ואפי' על שבלב לבד. כגון ברואה את חבירו החביב לו בתוך שנה. מכל מקום לא מצינו שנתקנה רק על גוף המצוה. כגון בסוכה ולולב ותפילין ופדיון הבן ומילה. אבל לא מצינו כלל שתיקנו על הכשר מצוה. עיין מנחות [מ"ב ע"ב] דקחשיב לסוכה ותפלין. ובציצית פליגי שם ותליא בחובת מנא או בחובת גברא. והרי גם לדידן דחובת גברא מכל מקום הרי גמר להכשרו. ולא גרע מהכשר מצוה דעלמא. אלא ודאי דבהכשר מצוה לא תיקנו ברכה. וגם מדלא קחשיב עיבוד עורות לתפלין וס"ת ומזוזה. וכן בפרק לולב וערבה [דף מ"ו] לענין שהחיינו נקט נמי לכולהו במצוה עצמו, וקא שביק לגמרי לכל הכשר מצוה. ועיין שם בתוס' ד"ה העושה. ועיין בירושלמי פרק הרואה בנה בית חדש שם בגמ' דחשיב ליה גם ציצית ומזוזה ותפלין דמברך שתים. בשעת עשייתן ובשעת עשיית המצוה. ואפי' הכי לא חשיב מידי דהכשר מצוה. וגם בזה יסכימו כל ישר הולך בעיון הלימוד דכשם שמותר במודר הנאה לתקוע לו תקיעה של מצוה. הוא הדין נמי דאפי' כשצריך להביא השופר ממקום אחר ממקום קרוב [שאין נוטלין עליו שכר] דשאני. כיון שגוף המצוה לאו ליהנות ניתנו. כמו כן הכשרו. ודאי' נכונה לזה דגם בהכשר מצוה אמרינן גבי' דלאו ניה"נ. מעירובין הנ"ל דשאני לבנית על ביה"ק דאסור בהנאה. משום דמצוה לאו ניה"נ. והרי בעירוב גופי'

ניכא מצוה כלל שהרי אין מערבין לדבר הרשות. אלא שע"י העירוב מכשירו לילך לדבר מצוה. הרי להדיא דגם בהכשר מצוה דינו בזה גם כן דלאו ניה"נ. וגם זה מבואר במס' מכות [דף ח'] הגבול שבין הכשר. והוא דדווקא חריפה כיון שהם מלא חרוש אינו חורש. מה שאין כן קצירה שהם מלא קצור קוצר. דינו כמצוה עצמה. ודוחה שבת כהקרבה עצמה. ונראה דגם בבנין ביהכ"נ שעיקרו הוא מפני שהוא מקום לתפלה לא מיקרי אלא הכשר מצוה. הגם דדינו לגבי מודר הנאה כמצוה עצמו. לענין דגם בהכשר מצוה אמרינן דלאו ניה"נ. אבל לענין ברכה כיון דלא מצינו שתיקנו בהכשר מצוה רק בעיקר המצוה עצמו. פשיטא דפטור. והמברך לא יצא מברכה לבטלה. והא דמיבעי' ליה ביומא [דף מ"ח] אם הכשר מצוה כמצוה דמי. אין ענינו לכאן כמו שמבואר שם ברש"י ותוס'. דהתם מדליגה פוסלת מחשבה נמי פיסלת. הגם שבספר הזוהר הקדוש מפליג ומזהיר מאד לבנות מתחלה לשם ביהכ"נ. מכל מקום אינו מעכב בדיעבד. כדאיתא במגלה [דף ו'] וכשאר גם הוא וכו' שעתידין שרי יהודה וכו'. ואין לומר דשאני בית המדרש. או משום דקדושתו יתירא ואין צריך הזמנה. או משום דקילא קדושתי'. ומשום הכי לא בעי הזמנה מתחלתו. נקוט מיהת לחדא בידך. דבהמ"ד לא בעי הזמנה. והרי חזינן לרב פפא במגילה [דף כ"ו ע"ב] דביהמ"ד מותר לעשותו ביהכנ"ס. ואי נימא דביהמ"ד הוא דלא בעי הזמנה ובית הכנסת בעי הזמנה לעכב. היאך אפשר לעשותו ביהכ"נ. הא לא הוי הזמנה לכך מתחלתו:

ולבי אומר לי דהא דמביא בספר מחזיק ברכה בשם הגאון החסיד מהר"י אבוהב ז"ל בצוה לש"ץ לברך שהחיינו בק"ק אמשטרדם. מפני שנהוג בחוץ לארץ שבונין כמה לשכות דבוקים לביהכ"נ. ויש שם מקום לראשי קהל להתאסף שם לפקח לטובת הקהל. וגם לפעמים מקום דירה לש"ץ. ומשום הכי צוה לברך. ושכנגדו שחולק עליו סבירא ליה כיון דעיקרו לביהכ"נ לתפלה. ובזה לא מצינו שתקנוהו וכמש"כ לעיל נגרר הטפל אחר העיקר. וגם אסיפת ראשי הקהל הוא באקראי בעלמא. ודי להם שיברכו בעת שיתאספו לבקר דבר ולא בשעת החינוך. מה שאין כן ביהכ"נ הקדוש דפה שנבנה רק לפי השילוח מאחינו שבגולה ה' יברכם וישיגו ברכות חיים. ויפקוד אותם ואותנו בפקודת ישועה ורחמים. בשפרן של צדיקים ביום הכסא הבא עלינו לטובה. ויגאלנו גאולת עולם ב"ב אמן סלה:

דברי ידידכם ואוהבכם אהבת נפש.

הק' משה יהודה ליב

ותהלה לאל ית' נתקיים כן להלכה למעשה. ונתחנך הביהכ"נ ביום ה' כ"ח אלול תרכ"ד בשירים ובכנורות. וכה נזכה לשמוח בבנין בית אלהינו במהרה בימינו אמן:

סימן ד

בדיני ברכת הגומל

בעזה"י פה ירושלים עה"ק תובב"א

הן לגודל חסדו ואמתו אשר עשה עמדי. כי נפלתי למשכב ליל ג' ג' דחוה"מ סוכות תרכ"ה לפ"ק בחולי עצום ביסורים גדולים והייתי כ"פ בסכנה עצומה. ותפלות רבים וזכות אבותי הקדושים עמדה לי ונתנני עוד בין החיים ת"ל. ומה אשכר אקרבהו. רק במו פי אהללהו. ובמעט שכלי וחלישות כחי אגדלנו בתודה. והנה בשבוע פרשת לך אור ליום ב' כתעש קמתי מערשי. ושמתי עיוני בברכת הגומל:

עיין ברכות [דף נ"ד ע"ב] רב יהודה חלש ואתפח כו' א"ל בריך רחמנא דיהבך לן ולא יהבך לעפרא. א"ל פטרתון יתי מלאודויי. ופי' הרא"ש שם דאמרי בריך רחמנא מלכא דעלמא וכו'. דקדק ונקט גם חיבת דעלמא משמע דס"ל כדעת התוס' לעיל [דף מ' ע"ב] גבי

בנימין רעיא כרך ריפתא עיי"ש בד"ה אמר וז"ל. רב אלפס פסק כר"י וכן פסק ר' יהודה ולכך היה אומר ר"י שאם הי' מדלג מלכות של ברכת המוציא שצריך לחזור ולברך. ואפי' דילג תיבת העולם בלבד דמלך לבד אינו מלכות עכ"ל. וקשה טובא בדברי הרא"ש שהביא ראי' לדבריו מבנימין רעיא כרך רפתא. ולעיל [דף מ' ע"ב] גבי הך דבנימין רעיא הביא הרא"ש עצמו רק מלכות לבד בלא העולם. וכן משמע מכל הפוסקים דהעולם אינו מעכב. ועיין בש"ע [סי' רי"ט] דהזכיר תיבת דעלמא. וסותר דברי עצמו [בסי' קפ"ז סעיף א'] גבי בהמ"ז וז"ל. אמר במקום ברכה הזן בריך רחמנא מלכא מארי דהאי פיתא יצא. ולא הזכיר דעלמא. ועיין [בסי' קס"ז סעיף י'] בברכת המוציא דגם שם השמיט תיבת דעלמא. ובמ"א שם [ס"ק כ"ב] תמה ע"ז [מסי' רי"ד] בדילג תיבת העולם דלא יצא. ויש לדקדק בדברי המ"א מדוע לא הקשה קושייתו נמי מההיא [דסי' קפ"ז] גבי בהמ"ז דהא מברכת המוציא י"ל דיצא מספיקא. ובסי' רי"ד אפשר לדחוק ולומר דמיירי בברכה דאורייתא. משא"כ בבהמ"ז דחיובו מדאורייתא דלא יצא מספיקא. א"נ דפשיטא ליה להשו"ע דאינו מעכב בדיעבד. ויתעוררו כל הקושיות הנ"ל:

ונראה דכד מעיינינן בה יש למצוא הבדל רב ביניהם. עיין בר"ן פרק ג' דשבועות [ד' כ"ו] גבי האדם בשבועה. דמקשי מאי שנא גבי היכא דאמר פת סתם והיה בלבו לומר פת חטין דלא נאסר כ"א בפת חטין. וגבי נודרין להרגין דלא שרינן ליה משום דאמר בלבו היום רק משום אונס הא לא"ה לא אזלינן בתר דברים שבלב. ועיי"ש בתי' האחרון וז"ל לפיכך עיקרן של דברים דהתם בנדרים באומר יאסרו כל פירות שבעולם עלי. דינא הוא דאע"ג דאמר בלבו היום שיהיו אסורים עליו לעולם אי לאו משום טעמא דאונסא משום דהתם גמר בלבו לשון שיהיה משמעותו לעולם. הלכך אע"ג דבלביה לא ניחא ליה אלא בהיום הוו להו דברים שבלב ואינם דברים כו'. אבל הכא שגמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם. לא גמר בלבו להוציא בשפתיו דבר שיהי' במשמעותו להיות אסור בשאר מיני פת. הילכך כי אמר פת סתם לישנא הוא דאיתקל לי'. דבלביה לא ניחא ליה למימר הכי. ובנדרים הא בעינן שיהיה פיו ולבו שוים עכ"ל. נקטינן מדבריו דהיכא דכיון לבו להוציא בשפתיו מה שאמר. אזי נקטינן דבר היוצא משפתיו לדבר חזק. משא"כ היכא שלא הוציא בשפתיו מה שכיון בלבו. ורק לישנא הוא דאיתקל ליה אזי כוונת לבו מבטל דבר היוצא מפיו: כמבואר למעיין בדברי הר"ן. דהא בכיון בלבו לומר פת חטין ואמר פת סתם אסיר עכ"פ בפת חטין. ובגמר בלבו לומר פת חטין והוציא פת שעורין אינו אסור לא בחטין ולא בשעורין. ומדוע יתבטלו כל דבריו. הלא בתיבת פת נכלל גם פת חטין ודי היה לבטל רק תיבת שעורין. א"ו דהיכא דאין מחשבתו נכללת במה שהוציא בשפתיו נתבטלו כל דבריו. ורק בהוציא פת סתם משום דמחשבתו נכלל בדבריו. משו"ה נתקיימו דבריו המכוונים למחשבתו:

ובזה יופתר לנו כל התמיהות הנ"ל. דהנה ודאי דעת כל הפוסקי' דלכתחלה צ"ל תיבת העולם גם כן. וגם כיון דחזינן דדעת כל הפוסקי' דתיבת העולם אינו מעכב בדיעבד. מסתברא להו להטור ושו"ע דגם לדעת תוס' דנעכב גם בדיעבד. דלאו מדאורייתא הוא. דמנ"ל לעשות פלוגתא רחוקה כל כך. דלדעת תוס' מעכב מדאורייתא ולכל הפוסקים אפי' מדרבנן אינו מעכב. ומשום האי טעמא לדידן דמספקא לן בתיבת העולם אם מעכב מדרבנן כדעת תוס' או שאינו מעכב כלל, דינו כספיקא דרבנן. ומשו"ה גם בבהמ"ז א"צ לחזור ולברך דספיקא דרבנן לקולא:

ועתה נחזה נא ונראה בפירושא דדילג הנזכר בתוס' [דף מ"ב] וברא"ש שם. ובטור בסי' רי"ד. אם פירושו הוא שהיה בלבו לומר כתיקונו לכתחלה רק פומא הוא דאיתקל ליה. או דלמא כל כמה שאינו מן הסברה אמרינן כפשוטו, בין שכיון לדלג או שלא נתכוין כלל. או שהיה בלבו להיפך. וכד מעיינינן היטב בלשונם הלא נראה דמסתבר כן. דבכל אתר ואתר דאיננו מן הסברה לומר דווקא בנתכוין להיפך ממה שהוציא מפיו מיירי, מנ"ל להוציא ולהפריד ולומר דבשאין פיו ולבו שוין דווקא. ואמרינן בסתמא דכולל כל גווני. ולמטרת כוונה זו נקטו התוס' והרא"ש [דף מ'] וכן הטור בסי' רי"ד לשון [דילג] הכולל בכל גווני. וכד תעיין היטב בש"ע סי' רי"ד בלשונו הלא שנקט מתחלה דין פסוק שכל ברכה שאין בו שם ומלכות אינו ברכה. וכיון שנקט כבר לשון הכולל כל גווני צ"ל למינקט כלל אח"כ ואם דילג שם או מלכות צריך לחזור ולברך ואפי' לא דילג אלא תיבת העולם וכו'. שהוא שפת יתר לגמרי. ואי לאשמעינן דתיבת העולם מעכב א"צ לאריכות כ"כ וגם לשנות לשונו אח"כ ממה שהתחיל בריש דבריו ללשון דילג. ולא היה לו להוסיף אלא וכן בהעולם לבד דמלך לבד אינו מלכות. א"ו שכיון לדילוג פרטי. והסיב פני הדבר לאשמעינן דתיבת העולם נשתנה דינו מתיבת מלך. דדווקא היכא דדילג תיבת העולם. שהיה בלבו לומר העולם אלא פומא הוא דאיתקל ליה ויצא מפיו בלא תיבת העולם. והשתא כיון דנקט ליה בלביה בדבר דאיכא לקפידא מקום לחול שהרי לדעת תוס' צריך לחזור ולברך. אמרינן אנן דגם לדידן דמספקא לן מכל מקום השתא שכיון לומר כדינא אמרינן דפומא הוא דאיתקל ליה ומבטל לדבורו לגמרי [גם תיבת מלך שהוציא בשפתיו]. וכמו היכא דכיון לומר פת חטין ואמר פת שעורים דמסלקינן ליה לדבורו לגמרי. אבל היכא דלא היה בלבו לומר תיבת העולם אזי פסקינן דא"צ לחזור ולברך. ואפי' גבי ברכת הזן שהוא מדאורייתא כיון דתיבת העולם אינו מעכב מדאורייתא אפי' לדעת התוס' כמ"ש [ואגב גררא נקט מתחלה נמי גבי שם ומלכות בכללא דדילג. דלא תימא דדווקא היכא דלא נתכוין מתחלה לומר שם או מלכות הוא דאינה ברכה. אבל היכא דנתכוין בלבו רק פומא דאיתקל ליה עדיפא]. והשתא ניחא גם דברי הרא"ש הנ"ל. [והראיה שהביא הרא"ש מבנימין רעיא לאו בכולה מילתא מדמי לה רק דמוסיפין בדבריו גם במה שלא ביאר להדיא. כמו התם דאע"ג דלא תני רחמנא מתרגמינן בכגון דאמר כן. ה"נ לענין מלכא דעלמא]. וכן פסק של המחבר [בסי' רי"ט] ברור ונכון. לפי דהתם איירי באחר שבירך בשבילו ולא אמר תיבת העולם. דנהי דמברך לא כיון בלבו כלל לומר תיבת העולם. אבל השומע שפיר ידע דצריך לומר כן. ואיתא לקפידא מקום לחול לדידן דמספקא לן דהשתא נהי דשומע כעונה הרי לא עדיפא מאילו בירך לעצמו [וכמ"ש המ"א סי' קס"ז ס"ק י"ח גבי הפסיקו המסובים] וכיון בלבו להיפך דאזי בטלי לדיבורא לגמרי כיון דפומא הוא דאיתקל ליה. וכדברי הר"ן הנ"ל:

ובזה ניחא דברי הטור [בסי' רי"ד] בסופו דאורח יברך לעצמו דס"ל כדעת רוב הפוסקים לגמרי דתיבת העולם אינו מעכב בדיעבד [ומטעם שיתבאר לקמן]. והזכיר מחלוקת הפוסקים רק לגבי מלכות אם פסקינן כרב או כר"י. וכיון שכן מספיקא א"צ לחזור ולברך. אבל במסובין ובירך בעה"ב בלא מלכות אזי האורח צריך לחזור ולברך בסולך ג"כ וסובב על כוונה הנ"ל. דנהי דבעה"ב טעה ולא כיון כלל אבל השומע שפיר ידע דטעה המשמיע ולא עדיף מאילו בירך בעצמו דאזי מחשבתו מבטל ליה לדבורו:

ועדיין דברי הטור צריך בירור דאיך עזב דעת אביו הרא"ש לגמרי ולא הביא כלל תיבת דעלמא. גם בסי' רי"ט לענין ברכת הגומל היכא דאחר מוציאו. והיה לו להביא עכ"פ דהשומע יברך לעצמו אח"כ כמו שפסק [בסי' רי"ד] לענין מלכות. וכן [בסי' קפ"ז] לענין בהמ"ז לא הביא כלל בדין תיבת העולם. וי"ל בזה דעיקר הדבר שלא יצא בשלא אמר מלכות לרוב הפוסקים דפסקו כר"י. מסתברא דהוא רק מדרבנן כדי שלא נשוה פלוגתא רחוקה בין רב ור' יוחנן. וגם דעיקר האסמכתא לענין שם ומלכות הוא מקרא דלא עברתי ממצותיך. וברכת המצות הם מדרבנן לחוד. ומשו"ה [בסי' רי"ד] לענין עיקר מלכות נקט הטור לספיקא דדינא. ולכן המברך א"צ לחזור ולברך. איברא השומע צריך לחזור ולברך. לפי שהשומע כיון בדעתו לברכה גמורה. דהשתא גם בספיקא דרבנן יש לקפידא מקום לחול. משא"כ לענין תיבת העולם דגם לדעת הפוסקים כר"י בתיבת מלכות אכתי איכא ספיקא בתיבת העולם. והוה ס"ס בדרבנן [לדידיה, לדעת הטור] חדא דלמא במלכות גופא הלכה כרב. ואם תימצי לומר דהלכה כר"י דלמא גם בלא העולם איכא מלכות. וכמו במלכות דראש השנה דאיכא כמה וכמה מלכות בלא העולם. דהשתא תו אין לקפידא מקום לחול ויצא גם השומע. דתורת ס"ס דינו כודאי:

ובמה שכתבתי דדווקא היכא דאיתא לקפידא מקום לחול. אזי היכא דמחשבתו סותר דיבורו לא יצא. צריך ביאור קצת למעיין היטב. דלפי"ז יצא לנו דין מחודש בכל הברכות דיצא בדיעבד בברכת שהכל. ואם ישמע מאחר בכגון זה או כשיברך וירצה לומר הברכה כתיקונו ופומיה איתקל ליה לא יצא. אבל לקושטא ליתא

דכגון זה אין לקפידא מקום לחול. שהרי יצא גם בברכה זו. וליתר ביאור נראה ע"פ מה שהקשו הפוסקים לשיטת הרמב"ם דכל דרבנן הוא דאורייתא מלאו דלא תסור. מאי שנא בין ספיקא דרבנן לספיקא דאורייתא. ותירצו דספיקא לא תיקנו חז"ל כלל [עיין ברמב"ן בספר המצות שרש ראשון [דף ה' ו'] ובספר זוהר הרקיע]. ולפי"ז יש הבדל רב בין ספיקא דהעולם דיצא מספיקא דרבנן. דאי אפשר לומר דהוי כאילו אמר העולם, רק בספיקא לא תיקנו וא"צ לחזור ולברך גם בלא אמירת העולם. ונמצא שלא קיים כלל תקנתא דרבנן. וגם בדיעבד עודנו בספיקא רק שעל ספיקא לא תיקנו, משא"כ בברכת שהכל דבדיעבד יצא והוה כאילו בירך כתיקונו [ועיין במג"א סי' ר"ח ס"ק כ"ו בסוף הדבור]. וכיון דאין לקפידא מקום לחול. משו"ה לא חיישינן לקפידא דידיה. וכל זה ברור ונכון להולכים במישרים:

סימן ה

בדיני מבשל בשבת

נשאלתי בהיותי בק"ק קוטנא יע"א. בחורף שנת תרט"ז לפ"ק שמשרתת אחת הביאה לבית האופה תבשיל של שבת (הנקרא שאָלעֶנט) בטרם ביאת השמש של עש"ק. והמשרת של האופה היה טרוד בתבשילים של אחרים להורידם לתנור. עד כי אחר הנער והוריד את התבשיל מן המשרתת לתוך התנור בבין השמשות, והם לא ידעו מאומה שיש בזה חטא גדול או קטן, רק ששינו קלא מן הנהוג בקהלות ישראל. רק אברך אחד מן המופלגים שי' שאל אותי למחרתו, את משפט התבשיל הזה אם צריך להודיעם לבל יאכלו ממנו בש"ק כדין המבשל בשבת בשוגג. וגליתי לו טעם הדבר לבל יתמה בעיניו, כאשר אבאר בעזה"י:

א **כי** הנה בנידון הזה העיקר הספק בין השמשות הוא ספיקא דאורייתא. דלכל הפוסקים הוא מדאורייתא לחומרא. אפי' לדעת הרמב"ם. ופר"ח [בכללי ס"ס שהכריע כדעת הרמב"ם], שהרי איקבע איסורא ומביא אשם תלוי. ובכל ספיקא דמביא א"ת א"כ פשיטא דלכל הפוסקים אזלינן לחומרא לכתחלה מדאורייתא. ואיתא להדיא בכריתות [דף י"ז ע"ב] שבת ויום חול לפניו ואינו יודע באיזה מהן עשה מביא א"ת. הגם דלדעת תוס' שם בד"ה מדסיפא דלא שייך איקבע איסורא בזה רק בביה"ש של מוצאי שבת. הלא נודע מהמה דוכתי דלדעת התוס' [כמ"ש הפר"ח שם. ובכו"פ בריש בית הספק] אזלינן בכל ספיקא דאורייתא לחומרא. אפי' בחתיכה אחת דלא תליא להו בחיובא דאשם תלוי. ולרמב"ם דתליא ליה בא"ת הרי מבואר להדיא [בפ"ח מה' שגגות] דמביא למתניתין בסתמא ולא חילק לבין עש"ק ובין מוש"ק, משמע דס"ל שגם בעש"ק מיקרי איקבע איסורא. כיון שכן טבע העולם ועתידה הלילה לבוא. וכן מבואר להדיא בלח"מ שם דלרמב"ם אין חילוק. והנה על התבשיל הוא רק ספיקא דרבנן דכיון שהיה שוגג בדבר וקנסו מדרבנן שוגג אטו מזיד שלא יאכל בשבת לא לו ולא לאחרים. והשתא דאיכא ספיקא בקנסא דרבנן דקילא עוד משאר ספיקא דרבנן כאשר נבאר לקמן, מסתברא דיש להקל בו במאי שהקילו בכל ספק דרבנן:

ב **אמנם** נידון דידן נפל במבוכה גדולה שיש בין הפוסקים ובשו"ע בספיקא דרבנן שנגרר מספיקא דאורייתא. עיין ביו"ד [בסי' פ"ו בש"ך ס"ק י"א] בשוחט בסכין ונמצא פגום, דתרנגולת אסורה והביצים מותרים מטעם ס' דרבנן. ובסי' ק"ז [בטור ובב"י שם] גבי ספק דרוסה שנתערב, דכל התערובות אסור, דבהמה חשובה ולא בטלה. אע"ג שעתה היא ספיקא דרבנן. וכן [בסי' ק"א] גבי חתיכה הראויה להתכבד דאפי' ספק טריפה לא בטלה. אלא דמזה פשוט לחלק כיון דספיקא דאורייתא הוא בגוף החתיכה וספיקא דרבנן הוא ע"י תערובות, כנראה מדברי רמ"א בסי' ק"י. איברא כל רבותינו האחרונים הסכימו לדברי מהריב"ל [ח"ג סי' ק'] דבספק טריפה אסורים הכלי' שנתבשלו בהם אפי' כשאינם בני יומן. מפני דעיקר הספק נולד בדאורייתא. רק שעל ידי גלגול נהפך לאיסור דרבנן, אזלינן בתר עיקרו:

ג **והנה** בשער המלך [פרק י' מהלכות מקואות כלל ו'] מאריך בזה ומביא שם בשם פר"ח דמחלק בזה. דהיכא שהספק נולד על שתי חתיכות. כגון בבילה מספק נבילה. פסקינן לכל חתיכה וחתיכה כדינא. דלגבי תרנגולת שהיא ס' דאורייתא אזלינן לחומרא. ולגבי ביצים דאסורים מדרבנן פסקינן לקולא. אבל גבי כלים דפני הנידון נתגלגל על הבלוע שבתוכם. דאתמול היו אסורים מדאורייתא. וגם עתה אסורה הבלוע מדרבנן. לכן אזלינן בתר עיקרו. כיון שסוף סוף הרי הספק בחתיכה אחת שהוא הבלוע שבכלים. ובשעה"מ מחלק שם. דהיכא שהספק נולד בזמן אחד על איסור דאורייתא ועל איסור דרבנן. בזה פסקינן לכל חד וחד כדינו. ומשו"ה התרנגולת אסורה והביצים מותרים. ומעתה בנידון דידן התבשיל מותר לכולי עלמא כיון דס' דאורייתא הוא על גוף המבשל אם עשה איסור דאורייתא או לא. וספיקא דרבנן הוא על התבשיל הרי זה נידון כשתי חתיכות לדעת הפר"ח. ואין לומר דמכל מקום הספיקא דאורייתא הוא גם על התבשיל אם צריך לרדותו קודם שיתבשל. ומצד ספיקא מחוייב לרדותו. וא"כ הרי כבר נולד הספק דאו' בחתיכה זו עצמה שנאסרה אח"כ מדרבנן. זה אינו דלא דמי כלל לחתיכה אחת כגון בנידון דמהריב"ל, דאיפשר שתבא חתיכה זו עצמה לכלל שתים, לסד"א בב"י ולס' דרבנן כשאינה בן יומא. ולהכי כיון דס' דרבנן כשאינו ב"י הלא הבלוע זו עצמה האסורה אתמול מדאו' כדין ס' דאורייתא. אזי אסורה גם היום מדרבנן. כיון שעיקרו נולד בדאורייתא. אבל בנדון דידן שהם שני הפכיים לגמרי. דאם יורידנו מן התנור כדין ס' דאורייתא אזי לא יבא כלל לכלל ספיקא דרבנן. והשתא דנתברר הדבר שלא הורידו מן התנור טרם שנתבשל ואז נודע דהתבשיל זה לא בא לכלל סדא"ו רק לסדר"ב לחוד, והספיקא דאורייתא הוא על המבשל לחוד:

ד **ועוד** יש לחלק ולומר דכיון שלא נודע לו כלום אם עשה בזה שום דבר עון רק השתא ביום ש"ק שכבר נתבשל, דהשתא אם נודיע שעשו. אשמה רבה בזה. השתא מיהת לא נולד שום ספק על התבשיל עצמו בשום ספק דאורייתא רק בספיקא דרבנן לחוד. ורק על עצמו של המבשל הוא הספיקא דאורייתא. ואם כן הדר דינא לשתי חתיכות. דלא נגרר הס' דרבנן בתר ס' דאורייתא. ונראה דעל סברא זו יש לדון ולומר דכמו דבקבוע דאורייתא. דבעינן שיהיה הקבוע ניכר במקומו. פסק הרשב"א בתורת הבית הארוך דאם ידוע לאחד בסוף העולם החנות שיש בו טרפה אף שלא נודע בכאן, דינו כדין קבוע הניכר במקומו. ועיין מש"כ בזה בזית רענן ח"ר ביו"ד [ה"ב סי' ו' אות ו']. וא"כ בנ"ד נמי, כיון שהאברך הנ"ל עבר אז בבין השמשות על פני בית האופה. וראה מה שנעשה. וממילא נולד לו אז הספק על התבשיל ג"כ אם צריך לרדותו. וע"י ספק זה כבר נולד הספק על התבשיל בדבר ספיקא דאו' וזהו הגורם שיאסרו התבשילים גם אח"כ שבאו לכלל סדר"ב. כיון דנולד הסד"א בחתיכה זו עצמה שנתגלגל לכלל סדר"ב. איברא מה שכתבנו בראשונה הוא ברור ונכון לדינא. וממילא מובן דגם לדעת שעה"מ דמחלק בין אם הספיקות נולדו בזמן אחד. דבנדון דידן נמי כיון שלא הורידו את התבשילים מן התנור הרי איגלאי מלתא למפרע דגם הס' דרבנן שיבא ויסתעף גם על התבשילים ממילא. וא"כ הרי הספיקא דאו' שהוא על המבשל, וגם הספק שהוא על התבשילים נולדו בעידן הוא. ולהכי נידון הספק דרבנן כדינו. ולא נגרר בתר הספק דאורייתא:

ה **ומלבד** כל הנ"ל נראה לאפושי כחא דהיתרא. כיון שגם בסדא"ו בגופו וספיקא דרבנן נתגלגל ע"י תערובות דחמירא משאר ספק דרבנן. כבר הכריע הש"ך דבהפסד מרובה וצורך סעודת מצוה מותר. היכא דלא נודע הספיקא דאורייתא עד שנתערב אח"כ. וכדברי המ"כ שמביא הב"י [בסי' כ"ז]. ומשמע דבדידהו תליא. ואפי' דנודע לאחרים ולא נודע לבעלים עד שנתערב [דאל"כ מהיכן נודע לו אחר כך] אפי' הכי שרינן במקום הפס"מ וצורך סעודת מצוה. עיין בש"ך [בקיצור דיני ס"ס באות א']. ומכללות לשונו נראה להדיא. דגם דלקושטא נולד הסדא"ו טרם שנתערב. כיון דלא נודע לו עד אחר שנתערב, גם כן מותר בכי האי גוונא:

ו **איברא** אכתי יש לדון לאסור התבשילים. דנהי דספק דרבנן לקולא, זהו בשאר איסורין. אבל באיסורי שבת דיש לו מתירין לאחר השבת דגם בספיקא דרבנן אסור כמסקנת הש"ס בריש ביצה. וכן מבואר בכל הפוסקים. ונראה כיון דלר' מאיר דלא

קנים שוגג אטו מזיד. אזי מתיר בשוגג מיד אפילו למבשל עצמו. רק דאנן פסקינן כר' יהודה דבדאורייתא קנסינן שוגג אטו מזיד. ואמרינן התבשיל לו ולאחרים ביום שבת. וכיון דבמזיד עצמו לא מיקרי יש לו מתירין כמבואר ביו"ד [בסוף סי' ק"ב] כיון דלבעלים אסור לעולם. והשתא הכי דבשוגג לא שייך טעם זה כיון דכל עיקר איסורו הוא דקנסינן שוגג אטו מזיד. והיאך אפשר דבמזיד לא יאסר התבשיל של בין השמשות ובשוגג יאסר. ואיך יהיה הטפל חמור מן העיקר. ועוד כיון דחזינן בסוגיא בריש ביצה דגם לס"ד מעיקרא מפרשינן הא דתניא נתערבה באלף כולן אסורות. הוא מפני דדבר שי"ל מתירין אפי' בדרבנן לא בטיל. ואפ"ה קשיא ליה אמאי ספיקה אסורה. ומהדרינן ליה בתירוצים שונים. רק ר"א מסיק לבסוף כי היכי דלא בטל כן החמירו בספיקא. וחזינן דלא מילתא דפסיקא הוא שהרי בעירוב הקילו בספיקא, כמ"ש תוס' בעירובין [דף מ"ה ע"ב] בד"ה אי בעית אימא [וכבר כתבתי בזה בזי"ר ח"ר יו"ד בדיני דשיל"מ הל' ו' סי' ג' אות ו' על קושית שעה"מ]. וכיון שכן מסתבר לומר דלא החמירו בספיקא אלא במילתא דרבנן שגזרו או שאסרו דחמירא לכל דבר כעין דאורייתא. אבל לא בדבר שקנסו. שהרי נראה בכ"ד דבדבר שקנסו קילא להו מדבר שאסרו משום תקנה או משום גזירה. שהרי אסרו התערובות בין במינו בלח בלח בין בשאינו מינו עד ס' כמו איסור דאורייתא [כמ"ש הרמ"א יו"ד [סי' ק"מ סעיף א'] ובפמ"ג בפתיחה לתערובות כמ"ש לקמן [בסימן שאחר זה אות י"א] שגם המ"א מודה לזה. דגם במין במינו בלח באיסור דרבנן בעינן ששים]. ובדבר שהוא משום קנס. כגון בחמץ שעבר עליו הפסח דקנסוהו משום שעבר על בל יראה. אינו נאסר התערובות בכך. רק ברובא בטל כמ"ש המג"א בשם רוב הפוסקים [בסי' תמ"ז]. וכן בקנס דרבנן לא קנסו בנו אחריו ולא מצינו כן באיסורין דרבנן. וכ"מ בין שני הטעמים הנ"ל. דלטעם ראשון אזי לדעת מ"א [סי' שי"ח ס"ק ב'] שכתב שם דאיפשר דרמ"א [בסי' ק"ב] הנ"ל קאי כשנתערב לאחר שבת אבל בשבת אפשר דדינו כדבר שי"ל מתירין. א"כ בנידון דידן נמי במזיד דינו כדשיל"מ ואסור אפי' בשוגג. אבל לטעם השני גם לדעת המ"א אין לפקפק דמותר בשוגג. ואינו נידון כדבר שיל"מ. מיהו מכל האחרונים משמע דדברי רמ"א קאי כשנתערב בשבת. ובעיקר קושי' מ"א שם מבכורים. כבר תירץ בחוו"ד הדבר בפשטא על נכון:

ז **ואין** להקשות לטעם הראשון הנ"ל מיין שבגיגית שנתבקעו ענבים בתוכו [בסי' ש"כ סעיף ב'] דנתבטלו בתוך היין מטעם שלא ניכר האיסור בפני עצמו. משמע להדיא דמשקים שזבו בפ"ע ואח"כ נתערבו בשוגג. דדינו כדבר שיל"מ ולא בטיל. ואמאי לא אמרינן ג"כ דהיאך נחמיר בזבו מאיליהן יותר מאילו שחטן בידים דבטילי בתוך התערובות לדעת רמ"א [בסוף סי' ק"ב] גבי המבשל בשבת [כיון דלעצמו לעולם אסור]. דשאני התם דלאו משום דקנסוהו הוא דאסורין, שהרי אפילו כשלא עשה מעשה ולא חלו בם ידי אדם כלל ג"כ אסורין. והכי דטעמא משום שמא יסחוט. השתא מיהת אסרום רבנן בעצמותן ולא משום קנס. משא"כ במבשל דעיקר איסורו הוא משום דקנסו שוגג אטו מזיד. לא מסתבר להחמיר בשוגג יותר מבמזיד. מיהו עודה אין מן ההכרח כלל גם במבשל בשוגג. כיון דכמות שהיה הרי בשוגג הקילו טפי מבמזיד לאסור רק בשבת ולמוצאי שבת מותר מיד. ובמזיד אסור לו לעולם. רק אח"כ כשנתגלגל הדבר ונתבטלה בתוך התערובות אזי ממילא נסתבב דחומרא של מזיד היא שעמדה לו להקל ולהתיר התערובות. וכן בשוגג הוא להיפך דקל שהקילו בו הוא הגורם לאסור התערובות. מפני דנקרא על התערובות דינא דשיל"מ. וכדמות ראיה לזה מדברי רשב"א מובא בטור י"ד [סי' ק"ב] בביצה מספק טרפה דבטילה. ולא דמי לדבר שיל"מ משום שאין ההיתר בוודאי. הוה לי' למימר בפשטא דהיאך יהי' הספק חמור מודאי דבטילה בששים ואחד וספיקא לא יבטל. אלא וודאי דמפני הסיבה שנתגלגל אח"כ. לא איכפת לן אם יסתבב פני הנידון בקולא וחומרא. וכן הוא הדין כמעט בכל ספק. שהרי בוודאי קידושין תו אין תופסין בה קידושין אחרים. ובספק קידושין צריכה גט משניהם:

ח **איברא** בנידון דידן לענין בין השמשות שדנין עליה. שפני הנידון הוא בעצמותו ולא ע"י שום מקרה וסיבה. מסתברא דאם במזיד מותר התבשיל מפני ספיקא דרבנן. תו לא יוכל להחמיר בשוגג יותר מבמזיד. הגם דבשוגג י"ל מתירין משא"כ במזיד. ואין להקשות דהיאך נתיר התבשיל של ביה"ש במזיד. דהיאך נקיל בספיקא דאורייתא יותר מוודאי דרבנן דאסור במזיד במטביל כלים ועישר את הוודאי דאסור במזיד. זה אינו דהתם דוקא באית ליה פירי אחרינא כדאיתא ביצה [דף י"ז ע"ב]. אבל לקונסו גם כשאין לו מה לאכול זהו רק בוודאי דאורייתא אבל לא בספק. כיון דעל התבשיל הוא ספיקא דרבנן כמש"ל. ואין להקשות עוד דהא פסקינן בש"ע [סי' רנ"ג סעיף א'] דהיכא דשכח ושהה דאסור עד מוצ"ש. אלמא דמחמירין אפי' בדרבנן ושם משמע בפשטא דאפי' היכא דאין לו מה יאכל נמי אסור. דשאני התם דהוי טעמא משום דלמא אתי לאיערומי כדאיתא להדיא בגמרא שם. ועיין ביצה [דף י"ז] איתא להדיא דהיכא דאיכא חשש הערמה מחמרינן אפי' טפי ממזיד. ומגופן של הדברים הנאמרים הוא מוכרע דבע"כ צ"ל כן. דאי לא תימא הכי. תקשי מאי שנא היכא דעבר ועישר ואין לו פירות אחרים דמותר לאוכלן. וגבי שהה משמע דאסור. אלא ודאי דמשום חשש הערמה שאני. וכמו כן אין להקשות מדברי רמ"א שם דבהחזירה ישראל. דדינו כמו בעבר ושהה. דשאני התם דמיירי במצטמק ויפה לו והוי איסור דאורייתא. הגם דאין בישול אחר בישול הא מכל מקום בתבשיל שיש בו רוטב יש בישול אחר בישול לדעת רוב הפוסקים:

ט **ועיינתי** בספרי אחרונים ביו"ד שנדפס בק"ב בכמה גליונות מרבותינו הגאונים זללה"ה. ולא מצאתי דבר רק בגליון רע"א זללה"ה דכתב שם דבשוגג לא בטיל לפי די"ל מתירין. והוא כמו שכתבתי לעיל לטעם ראשון הנ"ל. אבל מכל מקום אין דבריו מוכרחים כל כך. דעודנו יש מקום לומר כמ"ש לעיל בטעם השני. דהשם דהקילו גבי עירוב. הוא הדין בדבר שהוא רק מפני קנס דרבנן. ואין לומר דגם בעירוב לא מצינו שהקילו רק בספיקא דרבנן ולא ע"י תערובות. דא"כ יסור בזה כל עיקר לימודו דרב אשי בריש ביצה דמשני דספיקה אסורה הוא משום דהשם דלא בטיל הוא הדין נמי בספיקה. (והא דמשני רב אשי בביצה [דף ל"ט] דגם בתחומין לא בטל התערובות גבי מים ומלח. הוא כמ"ש בזי"ר בדיני דשיל"מ ה' ו' סי' ג' אות ו') דבשלמא לטעם הראשון הנ"ל שהוא משום דאי אפשר להחמיר גבי שוגג יותר ממזיד כיון דעיקר איסורו הוא משום דקנסו שוגג אטו מזיד. שפיר יש לומר דזהו דווקא בספק בעצמותו כגון בין השמשות. שהרי אתה מחמיר מיד בשוגג ולא במזיד. משא"כ כשנתגלגל אח"כ ע"י תערובות דנתהפך אח"כ מחומרא לקולא ומקולא לחומרא, שכן הוא שורת הדין. אבל זולת זה הספק והביטול שניהם במשקל אחד נתנו:

עוד שם הקשה על הרמ"א [בס"ס ק"ב] ממה שכתב בסי' שי"ח בא"ח סעיף ט' בשם שבולי הלקט. בעבר ונתן מלח בשבת לתוך תבשיל שבכלי ראשון, דהתבשיל שנתבשל מותר ולא אמרינן דלא ליבטל מפני שי"ל מתירין. מפני שהמלח נמס ונתערב בתוך התבשיל טרם שהמלח נתבשל דמלח צריך בשול כבשרא דתורא. ותיפוק לי' כיון דבמזיד נתן המלח תו אין לו מתירים כיון שנאסר לו עולמית, והניח בצ"ע. ויש לומר עפ"י דעת הב"י מובא במג"א [בריש סי' שי"ח סעיף קטן ב'] דגבי מבשל בשבת דאסור לו לעולם. הוא דווקא למבשל עצמו. אבל לא בשביל מי שנתבשל בשבילו. דדווקא בביטול איסור הוא דנאסר בשביל האיש שביטל בשבילו. דחיישינן שיאמר לנכרי שיבטל בשבילו. משא"כ בשבת דעל ידי נכרי יאסר בכדי שיעשה. וישראל לא יליית ליה. והשתא איכא נפקותא רבא בטעמ' דשבולי הלקט מפני דנמס המלח ונתערב קודם שנתבשל. דאילו מפני טעמא דרמ"א [בס"ס ק"ב] דמפני שנאסר לו לעולם. להכי לא נכלל בסוג דיש לו מתירין היכא דנתן אחר המלח במזיד בשביל בעה"ב דהאז לא נאסר לבעה"ב רק בשבת:

י **ועוד** נראה לפענ"ד דאפי' כשנתן בעה"ב עצמו המלח במזיד. היכא דלא נתבטל המלח בתוך התבשיל. כגון כשלא נמלח כלל בערב שבת כמ"ש שם דהוי מילתא דעבידא לטעמא אפ"ה לא נאסר רק בשבת עצמו, דלא אמרינן דנאסר לו לעולם רק במבשל וכיוצא בו. שבשבת התבשיל שבישל בשבת ניכר בו לעולם. דלולא זאת לא היה ראוי לאכילה. משא"כ הכא דכל השבח שבו הוא מפני תערובת המלח שנתן טעם בתבשיל עד שלא נתבשל המלח. ובמה שנתבשל גם המלח אח"כ אין שבחו ניכר. מסתברא דלא קנסו בזה לאוסרו לעולם

לעולם. ודי לאוסרו בשבת עצמו כדאיתא להדיא. וממקומו מוכרע. דישבו טעמא לביטולו משום דהוי זו"ז גורם עם המלח של אתמול. הרי דבליכא מלח מערב שבת אסור. והסברא מכרעת כן. דהא ליכא כאן איסורא דרבנן על המלח שנתבשל בשבת ונתערב בתוך המאכל, אע"ג שהמאכל אינו מתפעל מבישול המלח. מכל מקום תערובתו אוסרו. וכי האי גוונא מצינו ביו"ד [סי' ק' סעיף ב'] דצריך ס' לבטל הגיד אע"ג דאין בגידין בנ"ט. ולהכי הוצרך לטעמי' דלא נכלל בסוג דשיל"מ מפני שנתבטל קודם שנתבשל. ואין לומר דנכדון דידן נמי נימא בלא כל הנך טעמי דלעיל. תיפוק ליה כיון דאחר הוא שעשאו תו לא נאסר הבעה"ב על ידו מפני טעמי' דמג"א. שלא נאסר בשבת בשביל שנעשה בשבילו אפי' בשבת גופי'. איברא זה לא ניתן להאמר. דכל דברי המג"א סובבים רק דלא נימא שנאסרו לבעה"ב לעולם. אבל בשבת גופי' פשיטא דנאסרו כולם הבעה"ב וכל אים ישראל. דלא גרע מנכרי שהדליק נר בשביל ישראל דנאסרו כל ישראל ליהנות ממנו בשבת זו:

גם אין לומר דמכל מקום יהיה מותר לבעה"ב על פי דברי תוס' יבמות [פ"ג ע"ב] בד"ה אין. דבכל דבר דצריכין מחשבה בהדי מעשה אמרינן דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. והכא נמי בשבת כיון דמלאכת מחשבת אסרה תורה ובלא מחשבה לא אסרה. שהרי כתבו בעלי התוס' במס' שבת [מ"א ע"ב] תוך ד"ה מיחם. דבר שאינו מתכוין דאסור לר' יהודה מן התורה בכל האיסורין אבל לא בשבת. (וכן הן הדברים המובא במג"א בשם א"ז שני פעמים סי' רנ"ג ס"ק ל"א, וסי' ע"ש ס"ק א'. גבי ראובן שהניח מעות על נר של שמעון). דזה אינו דנהי דלא נאסרו במעשיו. אבל מכל מקום דינו בשבת כאילו לא נתבשל דאינו ראוי לאכילה. כי היכי דלא ליהני ממעשה שבת. וגם הם סבירא ליה לר"ן ורא"ה גבי זובח לעכו"ם דנהי דלא נאסרה מכל מקום לא הותרה במעשיו. ובמעשה שבת כולי עלמא מודים בזה. הארכתי קצת כדי להתלמד במקום אחר:

פה קרתא קדישא ירושלים תובב"א.

הק' משה יהודה ליב

סימן ו

בדיני דשיל"מ

א **מדי** עבר עיוני בדינא דמבשל בשבת עפ"י מעשה שאירע ונשאלתי ע"ז כמ"ש בסימן הקודם. ראיתי שיש כמה תמיהות וסתירות בשו"ע שחובה עלינו להשוותם ולהביאם אל עמק השוה. וראיתי שבעל המג"א עמד בכולם ברמיזה כדרכו. יעויין שם [בסי' ש"ח ס"ק ח'] על מה שפסק הרמ"א דאם קצץ פירות מן המחובר לצורך חולה בשבת דאסור לבריא בשבת אפי' חלה מבעוד יום. דמשום שגדל והולך בשבת ויש בו משום מוקצה. אלמא דלא בטל משום דשיל"מ. ולקמן [בסי' ש"ך סעיף ב'] פסק גבי ענבים בגיגית דבטלי הענבים שנתבקעו בתוך היין מפני שלא ניכר קודם שנתערב. ועוד קשיא על דברי תוס' בב"ק [דף ס"ט] דכתבו דמה שגדלו אחר כך לא בטלי במה שכבר נפדה. דדינם כדבר שי"ל מתירין אע"ג שלא היה ניכר קודם שנתערב. ובמס' ביצה [דף ל"ז] ובתוס' שם החליטו הדבר להיפך. דאי לא תימא הכי לא ישחוט בהמה ביו"ט שהרי גדלה ונתפטמה כל שהו ביו"ט. ועל זה לא מהני דעתו שהרי הוא כנולד. ומלבד שדבריהם סותרים. הלא דבריהם בב"ק ודברי רמ"א בסי' ש"ח נפלאים. שהרי דבריהם במס' ביצה הנ"ל מוכרחים בהכרח גמור. ועוד דמאי שנא דשוחט לחולה בשבת דמותר לבריא לאכול ממנה אע"ג שגדלה כל שהו בשבת. ומאי שנא מחובר לאסור מהאי טעמא. והרי סותר דבריו בסעיף זה:

ב **ונראה** לתרץ כל הנ"ל על נכון בפשטא. דהנה עיקר הסברא דלא ניכר בפני עצמו ומשום הכי רבתה כחו של המבטל על הבטל. לפי שהמבטל ניכר בפ"ע משא"כ הבטל. ולהכי המבטל שניכר בפ"ע רבתה חילו לבטל את האיסור דקלישא חילא דידיה אפילו במין במינו לר"י. או בדבר שי"ל מתירין לדידן. [ונלמד מכש"כ מהא דאיתא בפרק השוכר את הפועל [דף ע"ג ע"א] לחלק בין היתרא לגו איסורא דלא בטיל ואיסורא לגו היתרא דבטל. מפני שהעומד במקומו רבתה חילו על מי שבא בגבולו במקרה]. ועיקר הדבר דכל היכא דניכר רבתה חילו על שאינו ניכר. נלמד מדברי רבינו משולם. ויסודו מזב שראה קרי ומיבמה שרקקה דם. דנלמד משם דכל כמה דלא ניכר בפ"ע אין ביכולתו לבטל. ועיין בזי"ר חלק א' [בדין דשיל"מ בסי' ד' אות ב'] בדין גידולי היתר דמעלין את האיסור. דנהי דבזה קלישא חילא דגידולין מפני שלא ניכר בפ"ע לנגד האיסור הניכר. אפס בזה רבתה חילא דגידולין על העיקר. מפני שהכח המגדל שנתהוו הגידולים ממנו הן המה המתהווים ומקיימים להעיקר שאין זרעו כלה שיתקיים בארץ ולא יכלו וירקבו לגמרי. ומפני העילוי הזה עוד רבתה חילא דגידולים שאינם ניכרים על העיקר הניכר מפני שהוא המהווה והמקיים לכל מלא העיקר, ועיי"ש היטב. ועיין גטין [דף ל"ט ע"א] גבי ענבים שהגיע זמנן לקצור. דכל כמה דקיימי בארעא אכחושי מכחשי ליה. ולפי"ז תו לא קשה מידי. דגבי גידולי פירות ניחא דלא בטלי במין במינו לר"י או בדבר שיל"מ לדידן. דאע"ג דגריעי בשמן מנהו מן המבטל לפי שלא היו ניכרים. אבל נגד זה עוד רבתה וגדלה חיליה על המבטל מפני שהכח המגדל שבו שנתהווה על ידו מדי יום ביומו הוא המקיים את העיקר דלא יוכחש ויתקלקל שרשו ועיקרו. ומטעם זה כתבו בב"ק דגידולים לא בטלי בעיקרו מפני שיל"מ. וכן הן דברי רמ"א בסי' ש"ח. אבל בגידול הבהמה והשמנונית שנתפטמה שגם בזמן שנפסק כבר כח המגדל לא נשחת ולא נפסד עיקרו כלל. והעיקר על אילו יקום. ולהכי בטיל שפיר כיון שעיקרו ניכר בפ"ע הרי רבתה חילא דמבטל על הבטל שאינו ניכר בפ"ע. והיינו טעמא דיין בגיגית [בסי' ש"כ]. ופשוט ונכון למעיין בעזה"י:

ג **וכשנדקדק** עוד בזה נמצא דגידולי בהמה וגידולי פירות המה שני הפכיים לגמרי, דבגידולי פירות רבתה חילו של הבטל. והוא מה שגדלה אח"כ ביותר מן המבטל. והוא מה שכבר גדלה קודם שבת, וכמ"ש לעיל שע"י כחו של הגידול משמר ומהווה ומחזק את שכבר גדל לבל יופסד. ומשו"ה לא בטיל במין במינו לר"י או בדבר שיל"מ. אבל לגבי גידול דבהמה הוא להיפך. שכל עולם כחו של הגידול הוא מעולם חילו דמבטל. ולא להיפך. ומשו"ה רבתה חילו דמבטל על הבטל ומבטל ליה אפי' בדבר שיל"מ. ולהכי גם בענבים בגיגית. נראה ג"כ שהיין שבגיגית הוא הגורם שיתרככו ושיתבקעו ענבים ויתהוה ליין ויתערבו בתוך היין שבגיגית. ומשו"ה בטיל לפי שרבתה חילו דמבטל על הבטל. ולפי"ז יתיישב מה דקשה לי [וכן הוא בפילתי. ועיין בזי"ר חלק ראשון בדין דשיל"מ סי' ג' אות י"א] מדברי תוס' סוף מעילה גבי פרוטה בכיס זה הקדש דלא בטיל מפני שיל"מ. והרי התם ג"כ לא היה האיסור ניכר בפ"ע ודמי ליין שבגיגית. וצריכין לומר דבעלי התוס' מחולקין בזה על המרדכי. איברא השתא ניחא. דגבי הקדש נהי דלא ניכר האיסור בפ"ע. אבל מכל מקום אין המבטל סבת הבטל ולא הבטל סבת המבטל:

ד **והנה** בעיקר דינו של המרדכי גבי יין שבגיגית דמפני שלא ניכר האיסור בפ"ע גורם שיבטל. נראה לפענ"ד ראיה נכונה לזה ממס' פסחים [דף מ"ז ע"ב] בעי מיניה מר"ה הביא שה מאפר ושחטו תמיד ביו"ט יעויי"ש. הרי דעיקר האיבעיא הוא לר' יהודה דאית ליה מוקצה. ולא נפשטה ליה עד שבא רבה ופשטה ליה מברייתא. והוא מפני שאיסור דבר אחר גרם לה. ואמאי לא פשטה מר"י גופיה דאית ליה דמב"מ לא בטל. וא"כ אין לך בהמה שלא נתגדלה כל שהוא שעודנה בתוך שנתה בימי גידולה ביו"ט, ואסורה משום מוקצה. ואפי' התנה עליה מאתמול לא מהני. שהרי על נולד לא מהני תנאי. כמבואר ברמ"א [סי' ש"ח סעיף ב'], אלא ודאי דמפני שלא ניכר בפ"ע גורם דרבתה חילו של המבטל על הבטל ומבטל ליה אפי' במינו. והוא הדין נמי לדידן בדבר שי"ל מתירין. כללו של דבר דהיכא שההיתר והאיסור נתהוה כאחד ולא היו ניכרים בפ"ע. אזי אפי' במין בשאינו מינו ואין לו מתירין אינו בטל. ומכל שכן היכא דהאיסור ניכר בפ"ע וההיתר לא ניכר. דאין בכחו של ההיתר לגרוע מחיליה דאיסור, לבטלו. וזה נלמד מדינו של רבינו משולם. והיכא דההיתר היה בפ"ע והאיסור לא היה בפ"ע ואין אחד מהם מהווה לחבירו. אזי בדבר שאין לו מתירין פשיטא דההיתר דחשיבא עדיף מן האיסור מבטלו לאיסור כדינו. דהשתא היכא דשניהם ניכרים בפ"ע

מבטלי

מבטלי לאיסור. מכש"כ היכא דכחו של ההיתר והוא המבטל עדיפא מן הבטל. אבל בדבר שיל"מ בכה"ג או מב"מ יש מקום לומר דלא בטל. וראיה מתוס' סוף מעילה בפרוטה מכיס זה הקדש דלא בטל מפני די"ל מתירין, ולא דמי לענבים שבגיגית של יין דבטל אפי' בדשיל"מ וכן גידול הבהמה שנתגדלה ביו"ט כ"ש דבטל אפי' לר"י. וכן לדידן בדשיל"מ, דשאני התם דע"י סיבת המבטל נתהוה הבטול שהרי הגידול של הבהמה נתהווה ונשתבח ע"י הכחות והאיברים שכבר היו. וכן בגיגית יכול להיות שע"י שנתרכך הקליפה מן היין והחריפות שלו נתבקעו הענבים. ומשו"ה הוא דגברה כחו של המבטל על הבטל משא"כ בפרוטה שבכיס [ולא הכרו"פ ס"ל דלדעת המרדכי גם בהקדש בטל והתוס' חולקין עליו]. והיכא דאחד מהווה ומקיים לחבירו אזי אפי' כששניהם ניכרים לעצמן והאיסור מהווה להיתר אזי אפי' שאל"מ ל"ב. וזהו דינו דדבר המעמיד דל"ב. ועיסה שנתחמצה אחר הפסח בשמרים של חמץ המבואר במ"א [סי' תמ"ז ס"ק מ"ה], ומסתברא דבכי האי גוונא אפי' היכא דהאיסור לא ניכר טרם שנתערב בהיתר. וההיתר היה ניכר בפ"ע. מכל מקום כיון שבכחו של האיסור מתקיים ההיתר על מלבו. תו לא מצי ההיתר לבטלו אפי' בדבר שאל"מ. וראיה לזה. דכשם דגדולי היתר מעלין את האיסור מפני שמהווה אותו ומקיימו. וכמו שכתבתי בזי"ר בדין דשיל"מ הנ"ל:

ה **ולפי"ז** לכאורה קשיא מדברי תוס' בב"ק שכתבו דגידולי איסור שגדלו אחר שנפדה לא בטיל משום דשיל"מ. תיפוק ליה דבלאו הכי נמי ל"ב כיון דע"י כח הגידול מתקיים העיקר. דלולא זאת אזי כל כמה דקיימי אכחושי מכחשי. והוי כדבר המעמיד דל"ב. איברא נראה. כיון דגם עצמות הגידולים שהיו מכבר ג"כ גורמים לזה לכן דינו כדין זו"ז גורם כמבואר בי"ד [סי' פ"ז] וכאשר נבאר לקמן: דהנה בעיקר דין של הגידולים אשר כתבנו עד הנה ברמז. ונראה לתלמידים שלא שימשו כל צרכן כסותרים זה את זה. וסברות בדויות מלב אשר רחקתי מהם. לכן אמרתי לבאר ששמה מקור יסודם מגמרא ופוסקים רבותינו הראשונים נ"ע. עיין נדרים [נ"ז ע"ב] בסוגיא זו. ור"ן שם בד"ה ורבו גדוליו על עיקרו. ומסיק דגידולין מעלין את האיסור ומבטלין לעיקר. אלמא דכח המגדל שיש בעיקרן של הפירות הוא כח בפ"ע ולא נגרר בתר העיקר. ואע"ג דלולא העיקר בלתי אפשרי שיפעול כח הגידול שמן דבר דמאי יסתבך ויתאחז כח הגידול. דכח זה מן ההכרחי שיתאחז בדבר ממש שכבר יצא אל הפועל. אפ"ה אינו נגרר בתר הממש שהתאחז בו רק נידון לעצמו. ואחר שיצא אל הפועל בגידולין דהיתרא. רבתה אילא דידהו לבטל את העיקר לגמרי. הגם דהאיסור ניכר בפ"ע וההיתר רק בתוך התערובות. דבכה"ג גוונא מונע הביטול בעלמא. מכל מקום כיון דרבתה אילא דגידולין דהיתרא מפני ששם מהווים ומגדלים לעיקר שהיה דלולא הם כבר כלה ונפסד העיקר ברגבת עפר שנתנו. ולהכי העילוי הזה משלים הגרעון והחסרון שבו מפני שלא היה ניכר בפ"ע והאיסור היה ניכר דאמרינן דמפני העילוי זה דינו כאילו היה ג"כ ניכר. ויש לספק אם מפני העילוי זה מבטל ג"כ את האיסור שי"ל מתירין. הגם דהוא כתרתי לריעותא בעיקר נגד הגידולין. ומסתברא דלא עדיפא העילוי הזה מדבר המעמיד. דפשיטא דאיסורא שנפל לגו היתרא ויש בהיתרא דבר המעמיד דהיתרא. הכי יעלה על הדעת שיתבטל בתוכו איסורא די"ל מתירין. והרי התם שניהם ניכרים. ואפ"ה לא ניתן העילוי הזה שיתבטל בתוכו דבר שיל"מ מכש"כ הכא דאיכא תרתי לריעותא. וכן משמע להדיא מדברי ר"ן בריש הסוגיא דלא משכחת ליה אלא בכדי שיש בו כדי לבטל. וכן נראה מגמרא שם ריש דף נ"ח כל דבר שי"ל מתירין כגון טבל וכו' וחדש לא נתנו בהם חכמים שיעור. דמיירי נמי בגידולין דהיתר. כגון בצל של שביעית ונטעו בשמינית אפ"ה ל"ב לביעור כדין דשיל"מ מכש"כ הכא דאיכא תרתי לריעותא:

ו **ויש** להבין דאם כן בגידול בהמה שנתגדל' ביו"ט דבטל אפי' שיש לו מתירין מפני שלא ניכר האיסור וההיתר ניכר, והרי מעליותא דגבי גידולין מפני שהעיקר מתקיים על ידו. עומד נגד גרעון וחסרון דאינו ניכר. ואפ"ה אין ביכלתו לעמוד נגד איסורא די"ל מתירין אפי' כששניהם ניכרין. כמו שהוכחנו מעיסה שיש בו מעמיד דהיתרא ואפ"ה פשיטא דלא יכול לבטל איסורא די"ל מתירין, וכן מוכח להדיא מסוף מס' ביצה גבי וליבטלי מים ומלח לגבי עיסה. ומשני ר"א לפי דהוי דשיל"מ, ומשמע שם דאפי' לגבי מים לחוד נמי לא בטיל מהאי טעמא, שהרי ר"י לא פליג התם אלא על מים לחוד. הרי אע"ג דשאור שהעמיד שהחמיץ בו את העיסה הוא דהיתרא שהרי דידיה הוא אפ"ה אין יכול לבטל דשיל"מ. אלא ודאי כדכתיבנא לעיל דגבי גידול בהמה וכן בענבים שבגיגית טעמא אחרינא מפני שהאיסור נתהווה ע"י גרמא. שהרי לולא ממשות דהיתרא שכבר נתגדלה לא היה באפשר לכח הגידול להיות. והשתא שילא כח הגידול בפועל באיסורא שוב אין בו עילוי שיתחזק על ידו את שכבר גדל בהיתרא. ומשום דאיכא תרתי למעליותא להיתרא שכבר גדל. חדא שניכר בפ"ע משא"כ לאיסורא שגדל ביו"ט, ועוד שע"י ממשות שבו חייל עליה כח הגידול דאיסורא. וכן בגיגית דע"י היין נתרככו הענבים או מפני חריפות שבו נתבקעו. ולהכי הוא דמבטל אפי' לדשיל"מ:

ז **ולפי"ז** מוכח להדיא דאי אפשר לומר לדעת המרדכי גבי ענבים דהוא הדין בפרוטה שבכיס זה הקדש בטלה הפרוטה אע"ג די"ל מתירין מפני שאיסורא לא ניכר בפ"ע קודם שנתערב. ויפה כחו של המבטל שניכר בפ"ע. דא"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתא מדבר המעמיד, ועיין היטיב. אבל בגידולי פירות שנתגדלו כ"ש ביו"ט דינא נכון דלא בטיל מפני דשיל"מ. וכן גידולי תבואה של מעשר שני שנתגדלו כ"ש אחר שנפדו. אע"ג דכח המגדל שבו חייל על ממשות דהיתרא. ולולא ממשות שבו אי אפשר לכח הגידול להתהוות. מכל מקום השתא שילא כח הגידול לפועל בעידן איסורא. הרי על ידו נתחזק חיליה דאיסורא ונתאמץ הממשות דהיתרא. שלולא זאת הרי הממשות שהיה כבר נשתנה לגריעותא, כדאמרינן בגטין כל כמה דקיימי מיכחש כחשי, הגם שלא היו נפסדים לגמרי מ"מ השתא אשבוחי נשבחי, וכעין דאמרינן בתבלין דעבידי לטעמא דלא בטיל. הגם דנאכל גם בלתי תבלין. איברא כל זה דלא בטל עיקרו מפני דשיל"מ, אבל מפני דבר המעמיד לחוד אי אפשר לאוסרן. דנהי דגורם זה מה שמשביח ע"י גידול דחייל על הממשות שכבר היה. עדיפא טפי מגורם דהיתרא שע"י חייל עליו כח הגידול, דמכל מקום אינו אלא מעשה קוף בעלמא. דעל דבר ממש הוא דמצי לחול עליו כח הגידול ולא באפס מקום. דאפי' בכה"ג לא נפיק מכלל זו"ז גורם דשרי, כאשר הוכחנו בזי"ר בחלק ראשון [בדין זח"ג סי' ד' אות ג']. וזהו שרציתי לבאר דלהכי הוצרכו בתוס' לומר דל"ב הגידולים שלאחר הפדיון מפני דשיל"מ:

ח **אלא** דאכתי קשיא לכאורה, דלמאי שכתבתי א"כ באיבעיא דביצה שה מאפר ושחטו תמיד. אם ע"י איסור מוקצה לחוד דינו כדבר האסור באכילה להדיוט. ואמאי לא פשטה ליה מדתנן מנחות [דף ע"א ע"א] דכולהו תנאי סברי דקצירת עומר דחי שבת, לבד רבי שחולק בזה שם [דף ע"ב ע"ב]. והוי ליה לפשוט האיבעיא מדר' יהודה דס"ל דמב"מ מדאורייתא ל"ב. והרי גידלה כ"ש ביו"ט שלפניו, כדאיתא באורחות חיים מובא בב"י [סי' שי"ח]. ובשלמא לדידן דפסקינן כארבעה זקנים דשבת ויו"ט שתי קדושות ניחא, דמוקצה של יו"ט מותר בשבת שאחריו. רק דנולדה בזה אסורה בזה משום הכנה. ופשיטא דמשום משהו נהי דל"ב מ"מ לית ביה משום הכנה דלא שייך רק בדבר חדש לגמרי, כמש"כ תוס' בכמה דוכתי על בישול מיו"ט לשבת דליתסר משום הכנה. ומתרצי' כיון דלא נתחדשה לגמרי ומכש"כ במשהו שנתערב בתוכו. [וכן הקשה הר"ן ריש ביצה דאוסר משום גידולין שנתגדלה בשבת. ותירץ ג"כ דמשום כ"ש ל"ה הכנה]. אלא לר"י דמספקא ליה בעירובין [דף ל"ח ע"ב] אם קדושה אחת היא ואסור להדיוט בשבת שאחריו מדין ספיקא דאורייתא. ומוכח מקצירת עומר דשבת שלאחר יו"ט דאיסור מוקצה הוא רק כאיסור דבר אחר גרס לה. ויש ליישב דמעיקרא לא איבעיא ליה אלא בשה שהביא מאפר, דס"ל כלישנא קמא בסוף מס' ביצה דמדבריות הוו כגרוגרות ולמוקים דדחה בידים. ומשו"ה מספקא ליה דאפשר לומר כיון דדחה בידים, כאיסור שבגופו דמי שסקלהו ודחהו בידים מלעשות צרכיו בהם משא"כ שאר מוקצה ונולד. הגם דאסורין לר' יהודה. אבל פשיטא ליה בזה שסקלה את דעתו מהם דלגבוה מיהת מותרין דחשיבי כאיסור דבר אחר. ולבסוף פשט ליה דאפי' בדחהו בידים כיון דאינן אסורין אלא מדרבנן, דמי לאיסור דבר אחר. ובזה נסתר גם הראיה שהבאתי לעיל [אות ד'] מדלא פשטה מגדולי בהמה שנתגדלה ביו"ט:

ט **ועוד** נראה לכאורה להביא ראיה למאי שכתבתי למעלה, דהיכא דההיתר ניכר לעצמו והאיסור אינו ניכר לעצמו, והוא מדברים שאינם מתבטלים דלא בטל לכולי עלמא, שהרי בדבר שהוחזק בתולעים דמינייהו קא רבו, אזי לכולי עלמא לא מהני בדיקה מפני שכבר הוחזק ובריה לא בטל [כמבואר סי' פ"ד סעיף ט' ביו"ד ומשמעות לשון השו"ע משמע דקאי על תולעים הגדילים בפירות במחובר, והתם אע"ג שלא פירשו כלל אסורים. וא"כ הוי אינו ניכר בפני עצמו]. ואמאי, הרי ההיתר ניכר לעצמו והאיסור שנשתייר לא ניכר לעולם בפ"ע רק בתוך התערובות. אלא ודאי דעילוי זה אינו עומד נגד דברים שאינם מתבטלים. והוא כדברי תוס' במס' מעילה גבי פרוטה בתוך כיס הקדש. ודעת המרדכי גבי גיעית, וכן בגידול בהמה שנתגדלה ביו"ט. הוא מפני שיש עוד עילוי בההיתר וכמו שכתבתי לעיל. ועוד ראיה ממס' תמורה [דף ל' ע"א] דמקשינן בגמרא ניפוק חדא להדי כלבא והנך כולהו לישתרו. ומשני הכא במאי עסקינן כגון דעפי דמי כלבא מחד וכו'. והשתא בין לסלקא דעתא דמקשה דלישתרו מלד ברירה. הלא בלא זה הרי בטל הטלה שכנגד הכלב ממילא בתוך התערובות, לפי שהאיסור לא ניכר בפ"ע. וכן למסקנא, ליבטל את שכנגד הכלב וגם הטופיינא בתוך רובא דהיתרא מהאי טעמא. אלא ודאי דלא מהני עילוי זה לדברים שאינם מתבטלים. איברא לקושטא נראה דהכתי מזה ליכא ראיה מוכרחת. דגם השתא דאמרינן דבהמה חשיבא ולא בטלה. אכתי צריכין לדחוקי טובא בתירוצא דגמרא שם כגון דעפי חד מנייהו וכו', דמה בכך שהרי אם בתחלה היה המחיר שביניהם בכך. דטלה אחת נגד הכלב והטופיינא בתוך שאר הטלאים. היה מן הדין הרק טלה זה אסור לגבי המזבח. והטופיינא שבתוך שאר הטלאים יבטלו ברובא. והשתא נמי דנעשה בסתמא אכתי נימא ברירה. וצריכין לומר דבאופן זה שאינו מכוון כנגד אחד לגמרי לא אמרינן ברירה. איברא נראה לפרש ברווחא דאין צריכין לדון על המקיים את כל המחיר ההוא שנעשה ביניהם. הנה בעלמא כשהמירו עשרה טלאים בעד השעה וכלב ונמלא מיד קודם שמשך [דעד שלא החזיק בה יכול לחזור כמ"ש במס' ב"ק ע' ע"א] שהכלב אינו שלו ולא נתנו לאידך. אזי הגם שכל הטלאים שוין בשווין וגם הכלב שוה רק בשיווי טלה אחד, אז כל המחיר בטל לגמרי, שהרי יכול לומר לכלב אני צריך. ואפי' לדעת הפוסקים [בסי' ר"ג ס"ב] במשך את הפרה ולא משך את הטלה דקנה את החטים כנגד דמי פרה. דהתם שאני דמהיכא תיתי נחליט ונימא דעיקר מקחו היה רק מפני הטלה. ונקטינן פני הדבר דמפני שניהם נעשה המחיר הזה ולכל אחד כדמי שוויו. אבל הכא כיון דהטלאים שווים בגמלום אלו כאלו. נראה בעליל דמסתמא עיקר המחיר בכללו היה רק מפני הכלב, וכיון שמחיר זה נתקיים בכללו רק בשבילו. לכן נקרא מסתמא בכללו רק על שמו, לכן לא שייך כאן דין בטול, כיון שכל המחיר בכללו נעשה בשבילו. ולכן הקשה מעיקרא מטעם ברירה. ונימא דכמו שהוברר עתה טלה א' כנגדו. הוברר הדבר למפרע שגם מתחלה נעשה כן, וכאילו הימרו בתחלה רק בטלה אחד נגדו, והשאר נגד הטלאים ש"ז. ומשני שפיר דעפי דמי וכו'. וכיון שכן איגלאי מילתא שכל המחיר נעשה רק בשבילו. ולא שייך דין ביטול כלל בענין זה, ועיין:

י **ועוד** נראה להביא ראיה ממס' יומא [דף נ"ה ע"ב] לא היו שופרות לקיני חובה מפני חטאת שמתו בעליה. ומקשה וניברור ד' זוזי ונשדי במיא. ומשני דר"י לית ליה ברירה, ומדמקשה דנסמוך אברירה היינו משום דאיסורו בתוך התערובות כמו שכתבו תוס' במס' תמורה [דף ל'] ד"ה ואידך. והא דלא בטל בלא ברירה היינו משום דמטבע חשיבא ול"ב. והשתא אם נימא כדעת הפלתי בדעת מרדכי ורמ"א [בסי' ק"ח] דהיכא דלא ניכר האיסור לעצמו קודם שנתערב וההיתר ניכר דמבטלי אפי' בדברים שאינם מתבטלים, קשיא דהתם נמי ליבטלו. ועוד נראה להביא ראייה מסוגית הש"ס שלהי ב"מ [דף קי"ח ע"ב] הכי קאמר ליה מדבריך לדברינו אין באין משל צבור, ועיין רש"י בד"ה לדברינו. וז"ל, לזה מיחל עליהן ונמלאו לו בתרומה ארבעה זוזי שאין לצבור חלק בהם ואם קונים מהם תמידין וכו' אין תמידין באין משל צבור, עכ"ל. וקשיא לדעת הכו"פ הנ"ל דליבטלו הד' זוזי, דהא לא היו ניכרים בפ"ע. וההיתר היה ניכר בפ"ע טרם שמירת הספיחים. ועוד ראיה לדברינו בטעם שכתבנו בדברי המרדכי מדברי הרמ"א [בסי' ק"ב סעיף ד'] וז"ל וכן אם אין איסורו מחמת עצמו בטל. ולכן חתיכה שלא נמלחה תוך ג' ימים, אע"פ שיש אומרים דמיקרי דשיל"מ הואיל ומותרת לצלי, אפ"ה בטלה דאין איסורה אלא מחמת דם הבלוע בה, עכ"ל. וקשה לכאורה מדוע שביק הך טעמא דלא הוכר האיסור בפ"ע, דהא הדם לא הוכר בפ"ע, ואיסורו נתעורר בתערובות ע"י בישול החתיכה, וכן הוא בא"ה לענין חתיכה הראויה להתכבד, עי"ש [כלל ז' דין ג'], אלא ודאי כמו שכתבתי דלענין דשיל"מ ודבר חשוב לא הותר רק בתרתי למעליותא, וכן איתא בהגה"ה [סי' ק"א סעיף ב'] לענין דבר חשוב נמי, לפי שאין איסורו מחמת עצמו, ועזב לגמרי דברי או"ה לפי שלא נאסר אלא בתוך התערובות כמשכ"ל:

יא **הקשה** תלמידי הרבני המופלג החריף והשנון מו"ה ישעי' נ"י. דמדברי מ"א [סי' ש"י ס"ק ח'] משמע להדיא דדשיל"מ בטל באינו ניכר בפ"ע. וז"ל, וכ"ל דאם נתערב אפר שהוסק בשבת באפר של אתמול בטל ברוב. אע"ג דקמח בקמא מיקרי לא בלא ובעי ס' כו' מ"מ הכא כיון דעיקר איסורו מדבריהם סגי ברובא. ודווקא שלא היה ניכר קודם שנתערב כמ"ש [סי' ש"כ סעיף ג']. הרי דס"ל דגם היכא דאין ההיתר מהווה את האיסור. גם כן בטל היכא דהאיסור לא היה ניכר בפ"ע. והשיבותי לו, דהגם דמדברי המ"א אין להקשות על דברינו דלא נכנס לכלל זה. והניח הדבר בתימה [בסי' ש"ח] וס"ל דהתוס' חולקים בזה על דברי המרדכי מדנקטו דהגידולים לא בטלו משום דהוי דשיל"מ. אף דהאיסור לא היה ניכר בפ"ע. ולדברינו ליכא שום סתירה על זה מדברי התוס' דהא אין ההיתר מהווה את האיסור. עם כל זה בעיקר דינו של המ"א הואיל ונפיק מפומי' דגברא רבא כוותיה השר לאורו אנו הולכים. נראה דדינו אמת וליכא גם לכללא דידן. דלמאי שכתב הגלל"ח [פסחים דף ט' ע"ב ד"ה ועפמ"ש] דבכלים לא שייך דשיל"מ משום שמפסיד תשמיש דיומא [וג"ל בעיקר דבריו לחלק בין דבר העומד רק לתשמיש לדבר העומד גם לאכילה. דאי לא תימא הכי איך נכלכל סוגיא דריש ביצה גבי ביצה שנולדה ביו"ט דאוסרת כל התערובות גם בטלטול. דכולן אסורות משמע דקאי אטלטול דקתני ברישא. ובגלל"ח שם כתב דרק באכילה אסורה ע"י תערובות. מ"מ מן הסברא נראה כן דגם בטלטול אסורים]. וכיון דהאפר לא חזי רק לתשמיש יצא מכלל דשיל"מ כסברת הגלל"ח. ומה שתמה הפמ"ג בעיקר דברי המ"א. וחזרו ונשנו דבריו בי"ד (בפתיחה לשער התערובות בחלק השלישי פרק ג') וז"ל. מ"ש דהוי לה לא ידענא מה הוא. דמה"ת ברובא בטל בלא. ומדרבנן אטו אינו מינו. וזה שייך באיסור נותן טעם. משא"כ באיסור מוקלה שלא הלכו בו אחר נ"ט וכו'. ומ"ש דעיקר איסורו מדבריהם וכו' לא ידענא מנא ליה לחלק בכך. וכפי הנראה דאף איסור דרבנן בלא במינו בעי ס' וכו' עכ"ל. ולפענ"ד דברי המ"א נכונים. וקושיא חדא בהכרתה מיתרצא. ועיקר דבריו יסבו בלכתן לרמוז על דברי הרשב"א בתורת הבית ופסקינן כוותי' בי"ד [סי' ק' סעיף ב'] דצריך ס' לביטול גיד. ועיי"ש בט"ז ובש"ך הטעם. דאעפ"י שאין בו טעם התורה אסרתו עיי"ש. והוא מלשון הרשב"א. וזהו כוונת דברי המ"א. דהיה לן להצריך ס'. אף דלא הלכו בו אחר נ"ט כמו גבי גיד. רק כיון לעיקר איסורו מדבריהם סגי ברובא. דהא עיקר הטעם גבי גיד הוא משום דהתורה אסרתו, משא"כ הכא:

יב **ולפמ"ש** בטעם דברי המרדכי. יתיישב דקדוק עצום אשר תמה הגאון הקדוש מו"ה ע"א זצוק"ל בדרוש וחדוש (מערכה ו' במס' פסחים בד"ה נחזור הערה ג') וז"ל ממ"ש היכא דהאיסור נולד בתערובות. אע"ג דהוא דשיל"מ בטל. ולכאורה קשה דכתב הרמ"א אח"כ על דינא דחוזר ונאסר דיש חולקים. והיינו דעת הרמב"ם גבי חמץ. ולא כתב כן נמי גבי דינא הנ"ל. דתחלת ביאתו לעולם בתערובות. דיש חולקין, דהא מדכתב הרמב"ם דבר שנתערב בו חמץ ואינו מאכל אדם וכו' (כדאיתא סי' תמ"ב סעיף ד') והא כשנתערב קודם פסח תחלת איסורו בתערובות. מוכח דגם בכה"ג אמרינן דשיל"מ לא בטיל עכ"ל. ולמאי שכתבתי אתי שפיר. דהיינו טעמא גבי גיעית משום דאיכא עוד מעלה אחרינא. דההיתר מהווה את האיסור. ויתיישב ג"כ בדברינו דלעיל על קושית המ"א. מה שתמה הגאון הנ"ל בחידושיו על יו"ד. מדברי הר"ן במס' נדרים [דף נ"ח] עלה דהשיא דאר"ש אף אני לא אמרתי אלא לביעור עיי"ש. דמדין דבר שיל"מ אף הגידולים שלא היו ניכרים בפ"ע לא בטלי בעיקר עכ"ל. ולמאי שכתבתי על קושי' המ"א. דהיינו

טעמא

טעמא גבי נידונים דלא בטל. משום דע"י כח הגידול מתקיים העיקר. וזהו גם כן טעם הר"ן הנ"ל:

יג **הכו"פ** [סי' ק"ב ס"ק ח'] תמה על דברי המרדכי סוף פרק קמא דשבת דהביא ראיה להך דינא דענבים בגיגית. מדים בילה. דעלים שנשרו מן הדקל ביו"ט מרבה עליהן עלים מוכנים ומסיקן אע"ג דהוי דשיל"מ. מכל מקום כיון דליתא לאיסורא בעינא בטלין. הוא הדין בענבים בגיגית. ותמה עליו הלא סוגיא ערוכה שם ברים בילה דעלים שנשרו מן הדקל משו"ה מתבטלים כיון דמיקלא קלי איסורא. משא"כ גבי ענבים דשותה היין כיולא מהם בשבת. עד כאן קושית הכו"פ. והנראה לפרש דברי המרדכי. ומקדם נבאר השקלא וטריא שם בש"ס. דלכאורה קשה למה הקשה הש"ס בילה שם על רב אשי דווקא. הלא זהו פשיטא להו לבעלי הש"ס גם לסלקא דעתא שם [דף ג'] דדבר שיל"מ גם בדרבנן לא בטל. רק רב אשי חידש דגם ספק דרבנן אסור בדשיל"מ. וכן כתב בש"מ שם. א"כ למה העמיד הקושיא על רב אשי. אך היינו טעמא דלס"ד ס"ל הטעם דדשיל"מ בדרבנן ל"ב. משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כבל הורה. ואם נאמר דדשיל"מ בדרבנן מתבטלין יקילו גם בדאורייתא. משו"ה ס"ל בס"ד דספק דרבנן גם בדבר שיל"מ מותר. דבספק לא גזרו רבנן אטו דאורייתא. דהרי ספיקא דאורייתא אסור גם בדבר שאין לו מתירין. וספיקא דרבנן לקולא. א"כ הוא הדין בדשיל"מ. אבל רב אשי חידש דהטעם דדשיל"מ ל"ב בדרבנן. הוא מטעם דעד שתאכלנה באיסור תאכלנה בהיתר. [ולא משום גזירה והרחקה] א"כ ה"ה בסד"ר אסור בדשיל"מ. משום האי טעמא דעד שתאכלנה. והתם גבי עלים שנשרו מן הדקל הקשה הש"ס דאין מבטלין איסור לכתחלה. ותירץ משום דהני מילי בדאורייתא. וידוע כי דעת הרבה פוסקים דגם בדרבנן אין מבטלין לכתחלה, רק היכא דמיקלא קלי וע"כ כוונת הש"ס בתירוצו דבדרבנן מבטלין משום דמקלא קלי. והוא הטעם דבלא רב אשי לא קשה דהא דשיל"מ לא בטל גם בדרבנן משום דס"ל הטעם דדשיל"מ ל"ב גם בדרבנן. משום דגזרו חכמים אטו דאורייתא וכמ"ש לעיל. ממילא כמו דאין מבטלין איסור לכתחלה בדרבנן. משום גזירה אטו איסור דאורייתא. ואפ"ה היכא דמיקלא קלי איסורא מבטלין. ה"ה בדשיל"מ בדרבנן דגזרו אטו דאורייתא ג"כ היכא דמיקלא קלי והוא איסור מדרבנן בטל. אבל לרב אשי מקשה שפיר דהוא ס"ל הטעם דדשיל"מ ל"ב בדרבנן הוא משום דעד שתאכלנה. א"כ שוב אינו דומה לדינא דאין מבטלין. דהתם משום גזירה והרחקה אטו דאורייתא. לכן כיון דאיכא תרתי, איסור דרבנן ומיקלא קלי. מבטלין. משא"כ דשיל"מ' דהוא עלם איסור דרבנן דאינו בטל. לא נשאר רק מיקלא קלי לחודא. וזהו לבדו לא מהני. כן אזלא קושיית הש"ס. ועתה זהו כוונת המרדכי. דקשה ליה זאת על תירולא דש"ס במסקנא דהטעם משום דמיקלא קלי. דלרב אשי לא מהני הטעם זה לבד. דהא דהוי איסור דרבנן. אין שום מעלה לרב אשי כהנ"ל, על כן הכריח המרדכי דבאמת תירוץ הש"ס לא משום מיקלא קלי לחודי'. רק כוונת הש"ס דעלים שנשרו מן הדקל. דמיד באותו זמן שנשרו מן המחובר. נפלו לתוך התנור בתוך עלים של היתר. רק רוב אין כאן [ולכן מרבה]. א"כ מעולם לא היה ניכר האיסור. [והא דכתב המרדכי שם אע"ג דעלים המוקלים הן בעין. כוונתו בעת שהיו במחובר]. א"כ הוא הדין בענבים בגיגית כיון דלא היה האיסור ניכר בטל. וממילא קשה דלמה לי' לש"ס לומר משום דמיקלא קלי. הלא אין האיסור ניכר מעולם. רק זה הוא שכתבתי. דזה לבד גם כן לא מהני רק היכא דאיכא תרווייהו. משו"ה התם דלא היה האיסור ניכר וגם מיקלא קלי בטל. ואה כן יקשה בענבים בגיגית למה יבטל. הלא התם הוי אין ניכר לבד. אלא ודאי כמו שכתבתי. דהתם איכא עוד מעליותא. משום דהאיסור נתהווה מההיתר. וכמו שהוכחתי מגידולי היתר:

סימן ז

תשובה לרב מפורסם בענינים שונים

א **ראשית** בכורי עיונו הזך והנמרץ, במכתבו היקר והנחמד. ילא להקשות על דברי תוס' שבת [דף כ'] בד"ה למברי אברים ופדרים דבמשלה בכן אור בחול קריבין בשבת. מאי דהקשה הש"ס בפסחים [דף נ"ט] קראי אהדדי דכתיב לא ילין לבקר וכו'. וכתיב עשב"ש, דדילמא במשלה בכן אור הוא דהזהיר רחמנא שלא ילין הא בלילה קריבין והיא קושיא עלומה:

ונראה לפע"ד בזה. דבע"כ ל"ל דהקרא דלא ילין לא איירי במשלה בכן אור. דפשטא דקרא משמע להדי' דהיכא שהלין עד בקר הוא בכלל כל נותר דעלמא לשריפה ולמוקים עלה בכרת. וכבר למדנו הלכה ברורה זבחים [דף מ"ג ע"ב] אמר ר"י וכו' הפיגול והנותר והטמא שהעלן ע"ג המזבח פקע איסור מהן וכו'. אר"ז שמשלה בכן האור. ועיי"ש בתוס' ד"ה הקומץ [דף מ"ב ע"ב] דאפי' לכתחילה מותר באכילה בזה. ואם כך יפה כחו של משב"א לשלק שם נותר שכבר חלה מכש"כ דמהני משב"א בזמן הקרבתן שלא יבוא לכלל נותר כלל ושלא יחול עליו שם נותר כיון שכבר נעשה לחמו של מזבח. וכיולא בזה מלינו כ"פ בש"ס ופוסקים. וסוגי' שלימה נדרים [ע"ס ע"ו] דילאו ללמוד בזה בק"ו בכמה אנפין אף בדברים הרחוקים קלת בתחילת המחשבה, עיי"ש ומה מקום וכו':

איברא נראה דזהו דווקא היכא שכבר הוכשרו האברים להקרבה ע"י זריקת דמים בהכשר אבל היכא שנפסלו האברים להקרבה ע"י פיגול של שחיטה וזריקה. ולא הוכשרו להקרבה רק ע"י שמשב"א. שוב לא נעשו לחמו של מזבח עי"ז. וכשהותרו אח"כ למזבח ע"י שמשב"א. הרי כל דין נותר עליו, שהרי לא נכנסו בזה ע"י שמשב"א רק כמו שאר קרבנות לאחר זריקת דם. שעי"ז אינו לריך להורידן מע"ג מזבח, [ולא מסתבר לומר דנחלק מבילת האור לזה ואח"כ יועיל נמי שלא יחול עליו שם נותר. דאכן לא שמעינן בשחיטת קדשים אלא שלשה הדרגות, חדא דמשב"א, והשני' בשרירי [המבואר בזבחים דף פ"ו ע"א] שנעשו כמו עלים. והשלישי כשנעשו כגחלת דאזי גם קודם חלות א"ל להעלותן עוד. וכל כמה דלא מטו לשרירין לא הגיעו רק להדרגה ראשונה] ומשה"ע אמרי' בכריתות [דף י"ד] כגון שהעלה אבר פיגול וכו'. דפקע פיגול מיניה והוי ליה נותר [ובע"כ מיירי שמשב"א דאי לא משב"א לא נפקע שם פיגול כמו שמבואר בזבחים מ"ג] אבל היכא שכבר הוכשרו האיברים בזריקת דמים בהכשר ומשב"א שוב לא חל עליו שם נותר מק"ו וכמ"ש. ובפרט שהוא דבר חדש ומעודי רחקתי להמליא דבר שלא מלאתי לזה רמז בש"ס ופוסקים מ"מ כ"כ שלא מלאנו להיפך מסתברא כן:

ומה שרלה מעכ"ת לדחות קושיתו מתוס' ממס' מעילה [דף י' ע"א] דאימורי קדשים קלין אין בהם מלוה להפך בלינורא [כיון שנטבה מלותן. א"כ פסח דהוא קדשים קלים אין דוחה שבת גם במשלה בכן אור]. אינו מספיק דזהו היכא דיכולין לשרוף בלא"ה. ואכתי קשי' דנוקמי' לקרא היכא שפקעו מבעוד יום. וכן משמע להדיא מתוס' שם דמשה"ע הוא דאין בהם מלוה מפני שיכולין לשרוף בלא"ה:

ב **פסחים** [דף י"א] מי אמרינן לר"י אדם בהול וכו' אין מקרדין. והקשה מעכ"ת לדעת התוס' בשבת [דף מ"א ע"ב] תד"ה מיחם דגם לר"י אינו אסור בשבת דבר שא"מ רק מדרבנן. א"כ מאי פריך. ואפשר לדחוקי דאיירי בבכור בזמן הזה דהוי ג"כ מדרבנן [ועיין במס' ע"ז דף י"ג ע"ב] ואף דעיקרו דאורייתא מיאן הש"ס לחלק בזה, עכ"ל. לא אדע מנ"ל דדבר שא"מ לר"י לא הוי כעיקרו דאורייתא כמו בזה"ז גבי מומין, דהא דשא"מ לר"י לא גרע ממלאכה שאל"ל לר"ש. ואיתא להדיא בפ' כירה [ד' מ"ו] ובתוס' יומא [נ"ד] תד"ה ה"מ בשם ר"י דכל היכא דקמכוין איכא א"ד. ועיין בחידושי רשב"א בתי' השני כיון דמשכחת ליה בזה מלאכה דאורייתא מיקרי כדאורייתא יעו"ש. וגם לתי' הראשון. וכמ"ש בתוס' הוא משום דדחיקא לכו לישנא דש"ס דאיכא א"ד אבל מ"מ לא ילא מכלל עיקרו דאורייתא כיון דעיקר המעשה אסור מדאורייתא רק המחשבה מחלקת ביניהם. ועיין בשער המלך [פ' י' מהל' מקוואות כלל א'] שמכתבך בזה אם בתרומה ומעשר בזמן הזה מיקרי עיקרו דאורייתא. איברא לקושטא תרווייהו דמי לעיקרו מדאורייתא כאשר הבאתי לזה כמה ראיות ברורות ואכ"מ:

עוד הניף רוח בינתו להקשות לדעת רמב"ם [פ"א מהלכות אסורי המזבח הלכה ז'] דס"ל דגם בזמן הזה איכא איסור דאורייתא. הדרא ק"ל. מתחילה הוי ליה לאוכומי דרמב"ם ס"ל כדעת ר' יהודה בתוס' בזה:

גם הקשה על דברי התוס' שבת הנ"ל מקו' הש"ס במסקנא מחמן. יש ליישב עיקר זה הקושיא עפ"י דברי צל"ח דדייק מלישנא דר"י דנקיט בי"ד שחרית דעד סוף שעה ד' הוא דמיקרי שחרית לר"י בברכות דס"ל דתמיד של שחר עד שעה ד' אבל בשעה ה' דאסור מדרבנן לא יבדוק עד שס"ב דבדילי מיני' ביותר:

ג **ביצה** [דף כ'] ויעשה כמשפט. ק"ל לטעמא דב"ש דלא יליף חובה מנדבה לסמיכה אבל בנדבה סומכין רק דאין מביאין נדרים ונדבות ביו"ט ומש"ה לא מש"ל לסמוך. הא פסקינן בחגיגה [דף ז'] דיוצאין שלמי חגיגה בנדרים ונדבות והכהנים בחטאות ואשמות. א"כ משכחת ליה לב"ש דמביאין ביו"ט וסומכין. המליא דבר השכל. אכן לקושטא נראה דלאוקימתא זו לא מש"ל לב"ש דילא בנדבה ידי ש"ש בנדבה שנשחט ביו"ט רק כשנשחט מעיו"ט בק"ק שנאכלים לב"י. וכעין דאמרינן בחגיגה של י"ד יעו"ש. וטעמא דידי שהרי כל עיקרו אינו רשאי לשוחטו ביו"ט רק משום שלמי שמחה כמ"ש תוס' שם [דף ז' ע"ב] בסד"ה עולות וכיון דמשום ש"ש אינו רשאי ואסור לסמוך משום שבות דב"ח, שוב לא ניתן לדחות מפני קרבן נדבה. שהרי כל עיקרו לא ניתן לדחות ביו"ט נמצא דעי"ז יתבטל הסמיכה מנדבה שקבעו הכתוב לחובה לסמוך, ואע"ג דמ"מ הסמיכה א"מ בדיעבד מ"מ בכה"ג מלינו דנעקר לגמרי בשב וא"ת כי היכי דלא נבטל מלוה זו, עיין פסחים [דף פ"ט] גבי חמשה שנתערבו פסחיהן עיי"ש. ועיין גיטין [דף כ"ח ע"ב] בתד"ה והא רק היכא דאין לו תקנה כלל אבל היכא דאפשר להמתין לא מבטלינן לסמיכה והכא הרי אפשר שימתין עד למחר ויקיים שניהם הסמיכה והשמחה יחדיו ילמדו כמ"ש הלא"מ [פ"א מהל' חגיגה ה"ד]. ואע"ג דעיקרו בראשון משום שלא יתבטל מלות סמיכה לגמרי מוטב שנמתין עד למחר ויקיים שניהם:

ד **מספ"ל** במוקלה ביו"ט לדעת הרי"ף והרמב"ם וש"ע [ריש סימן תנ"ה] דביו"ט דקיל מחמרינן גבי מוקלה ביו"ט שחל להיות בשבת. אם נימא דכיון דחמירא משום שבת ולא אתי לזלזולי בה. או דילמא כיון שכבר נאסר ביו"ט דעלמא לא פלוג רבנן בתקנתן. וכן גבי מניחין נר ע"ג דקל בשבת [שבת מ"ה] מספ"ל בזה. והוא ספק עלום מאד לא מלאתי מפורש בראשונים ובאחרונים: ונראה להביא ראיה נדברי הירושלמי פ"ב דתרומות ובפ"ג דשבת סוף הלכה א' דתנן התם הנוטע בשבת שוגג יקיים מזיד יעקור ובשביעית בין שוגג ובין מזיד יעקור וז"ל מ"ט דרבנן נחשדו על השביעית ולא נחשדו על השבתות. ד"א מונין לשביעית ואין מונין לשבתות היך עבידא נטע פחות מל' יום יעו"ש. ואמאי לא מפרש הנפקותא בפשטות דנטע בשבת של שביעית דטעמא דחשד ליתא כיון דחמירא משום שבת. אבל משום מונין איכא. א"ו כיון שכבר החמיר משום שביעית דקילא שוב לא מפלגינן אע"ג דנטעו גם בשבת. ואף די"ל קלת מ"מ נראה דאין להדורי אחרי חילוקים זרים ודקים שדופות קדים להוליא הדברים מפשטן:

גם יש להוכיח מש"ס ביצה [כ"ז ע"ב] גבי בהמה שמתה שהקשה הבעל המאור והר"ן על הרי"ף שמביא למסקנא דאיירי בבהמת קדשים ובמסוכנת. דליתא לדידיה דפוסק ביו"ט כר"י. וכן הקשה שם על ר"ן גופיה כיון דדיקא כותיה דר"ז דדומיא דחלה קתני וקשיא לר"ן ואמאי לא מתרלי בפשטות כיון דבעלמותו איירי דומיא דחלה א"כ עיקר הדין בוודאי איירי דומיא דחלה. וכשם דחלה שנטמאת אסור אפי' ביו"ט שחל בשבת דכיון דלא חזיא למידי בשבת והוי דומיא דעלים ואבנים שגם לר"ש אסורין בטלטול אפי' בשבת. ה"ה בהמה שמתה נמי אפילו ביו"ט שחל בשבת וזהו דוקא בבהמת קדשים אבל בחולין שרי במסוכנת כר"ש. [והוא הדין לשיטת הרי"ף ביו"ט שחל בשבת לגד הספק הזה] א"ו דאפילו בבהמת חולין אסורה כמו ביו"ט דעלמא [ואין להשיב דאי דומיא דחלה א"כ אפי' בשבת לחוד נמי, דז"א דבמסכת זו לא איירי בשבת לחודא]:

אמנם נראה דזהו לענין מוקלה דווקא שעיקרו משום תקנתא דעלמא תקנוהו כי היכי דלא ליתי לזלזולי ביו"ט דעלמא. ולא משום איש זה לחודא ולא משום יו"ט זה לחוד. מש"ה שפיר אמרינן דאפי' ביו"ט שחל בשבת ג"כ אסור. אבל לענין דאין מניחין נר ע"ג דקל ביו"ט דעיקרו משום דלא ליתי לידי חילול בנר זה עלמו ביו"ט זה. וכן לענין דאין מזמנין את העכו"ם ביו"ט [ביצה כ"א] שהוא משום שלא ירבה בשבילו בפעם זה שמזמנו, אזי ודאי ביו"ט שחל בשבת דלא שייך עיקר הגזרה דינו כשבת לחוד. ול"ש בזה לא פלו"ר. שהרי מתחילה לא תיקנו משום תקנתא דעלמא דלא ליפרלו ע"י זה. וראיה שהרי היכא דלא זימנו מותר ליתן לפניו בלא הפלרה [כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' יו"ט הלכה י"ג ובש"ע סי' תקי"ב בט"ז שם סק"ד]. וכ"כ דלא קתני בהדיא דעשאו משום גזירה דעלמא כי היכי דלא ליפרלו ע"י זה אין לנו לבדות מדעתנו רק אמרינן דגזרו משום דבר זה עלמו. וכן לענין שלהבת [ביצה ל"ט] דכל א"ה אסורין מדרבנן ובשל עכו"ם מותר דנראה אפי' היכא שהיתה של ערלה וכ"כ ואח"כ עשאו לעכו"ם בלירוף ד"א דנעשה עכו"ם ע"י כולל ג"כ נראה מסתימת הפוסקים דשלהבת מותר דמתחילה לא אסרו בשאר א"ה רק משום גזירה דלא ליתי ליהנות ממנו בעודו גחלת. וכיון דהשתא בדילי ממנו משום עכו"ם בטלה הגזירה והותר השלהבת. כנלפע"ד מלד הסברא ולקמן נבאר קלת ראיה לזה:

ולכאורה נראה ראיה להיפך שגם במוקלה מותר ביו"ט שחל בשבת שהרי הקשו שם בביצה על רב נחמן אדמיפלגי בבילה ליפלגו בתרנגולת, מאי קושיא בשלמא השתא יש מקום לומר מסתימת לשון המשנה דאפי' ביו"ט שב"ש אוסר משום מוקלה משא"כ בתרנגולת דאסורה בל"ז בשבת. ואפי' בחולה שיש בו סכנה אסור לבריא באומלא אפילו בשבת דעלמא לדעת ראב"ד [פ"ב מה"ש] ור"ן בפ"ק דחולין [אם לא שנסתכן מבע"י] ואפי' לדעת הרי"ף ורמב"ם דמוקלה מותר בשבת משום דדמי לנר שהודלק בשבת. ושאר פוסקים מחלקים בזה דש"ה דדחאו בידים. עיין בש"ע [סי' ש"ח ס"ב] יעו"ש מ"מ לדעתם קשיא. א"ו דלקושטא מותר ביו"ט שחל בשבת. איברא יש לדחות דבל"ז קשיא מאי קושיא ליפלגו בתרנגולת דבין לדעת רז"ה ריש בילה דבמוקלה שאסור בשבת משום מלאכה, הוא דאסור ביו"ט משום מוקלה אבל בתמרי דעיסקא שהוא רק מוקלה לחוד מותר גם ביו"ט. נשמע רבותא בבילה בין בשבת בין ביו"ט, משא"כ בתרנגולת דבפשטא דאסורה בשבת משום מלאכה היא דאסורה ביו"ט. אבל בילתה שאין עליה עלמה משום מלאכה ה"א דמותר ביו"ט משום שאין בילתה נגררת אחר התרנגולת. וכן לרמב"ן קשיא להיפוך דאי נקטו בתרנגולת ה"א דוקא במוקלה כזה הוא דאסורה ביו"ט משום דבשבת אסור משום מלאכה. וע"כ לריך לומר דבל"ז נדע כ"ז מלד הסברא לכל א' כפי שיטתו וה"ה נמי נימא לענין יו"ט שחל בשבת כיון דמלד גזירה דעלמא דלא ליפרלו ביה לא מחלקינן ביה:

ומה שהביא מעכ"ת יד"נ ראיה מקושית הש"ס בילה [כ"א ע"ב] על ריש"ג מהני סופלי וכו' תינח ביום טוב בשבת מאי איכא למימר דבע"כ צ"ל דקושית הש"ס קאי על יו"ט שחל להיות בשבת. דבשבת לבד מאי קושי'. הלא בשבת מוקלה מותר, הוא דבר חריף. אולם לקושטא אין ראיתו מוכרחת שהרי מלינו כמה סוגיו' שלא חילקו בזה כאשר האריך בזה האשרי סוף שבת וכל האמוראים לא חילקו בזה רק ר"נ הוא שהמליא לחלק ביניהם. ועיין רמב"ן במלחמות ד' ריש בילה שגם ב"ש וב"ה גופייהו לא חילקו בזה רק רבינו סתם כן להלכתא וקושית הש"ס קאי לשאר אמוראי. וכן גבי בהמה שמתה דמקשה לימא סתם מתניתין דלא כר"ש הוא בע"כ לשאר אמוראי:

והנה לעת באו דבריו הנחמדים עדי, היה אללי אחד מתלמידי הרב מוה"י נ"י ושאלתיהו על שלום מעכ"ת כי קרוב המקום אליו ואמר לי שמע שמעו הטוב הולך וגדול למרחקים בתורתו ובכשרון מפעליו. והנה במופי נשאתי הילולו בעולם אילו בגפ"ת. וספרתי לו מ"ש בזה. ומה שחשבתי בזה. ולאחר עיון קלת השיב תלמידי הרב הנ"ל שלכאורה יש לדמות לזה למ"ש הפוסקים בריש כתובות במת אביו של חתן או אמה של כלה וכו' דלמש"א א"ל ליש ב"א יעו"ש באה"ע ובש"ך יו"ד [סי' שמ"ב ס"ק ז'] וה"ה נמי בנידון דידן. ויש לדחות בכמה אנפין. וגם תלמידי הנ"ל חילק בעלמו ביניהם מלד הסברא דש"ה דעיקר מילתא ל"ש מש"ה ל"א ביה לפ"ר וכעין שחילק בדגול מרבבה בי"ד [סי' ע"ו] בין נפל לענין חלילה לבין אכילה ועי"ש ועוד י"ל כמובן. איברא לפי מה שכתבתי לעיל לחלק בין תקנתא דעלמא לבין תקלה בדבר זה עלמו ניחא בפשטא כמובן:

ה **יבמות** [דף ה'] בתוס' ד"ה כולהו בסוף הדבור שכתבו משום דיכול להמתין עד למחר. והקשה כת"ה לאביי דתירץ בשבת [כ"ד] מעולת שבת בשבתו ולא עולת חול ביו"ט הדרא קושית התוס' לדוכתיה דנילף מהכא דלא דחי. והתם לא יוכל להמתין למחר דהוי נותר והפשר דמעלה בראש המזבח. דבריו נכונים. ומה שחזר וגמגם דפלוגתא היא אם ליכא מועלת בראש המזבח. הא מבואר

זבחים [ד' פ"ז] דדוקא כשירדו הוא דפליגי וכשלא ירדו מקטירים לעולם לד"ה :

ו **הקשה** על הא דס"ד דר"ז דמילת אונס מעכבו [בש"ס יבמות דף ע"א לאו דאתיליד בין עשיה לאכילה] מהא דכתיב ויעשו ב"י את הפסח בשנה השנית והרי היה להם בנים שלא יכולים למולם כדאיתא שם. י"ל דר"ז ס"ל משום שלא נשבה להם ר"ל וכטעמא דאמרינן התם [ע"ב] מפני שנזופים היו וזה משלוח המרגלים והלאה וכמ"ש התוס' שם וזה היה בליל ע"ב בשנה השנית. ולפי' רש"י שפי' מחטא העגל והלאה צ"ל לס"ד דר"ז דסבר כתירוץ ראשון בתוס' קידושין [ל"ז ע"ב] בד"ה הואיל וכו' דבלא זה צ"ל דעל פי הדבור היה :

ז **הקשה** ידידי מעכ"ת על תוס' קידושין [ל"ז] בד"ה הואיל דמש"ה לא עשו פסח במדבר מפני שערלים היו הנולדים. דהא כל הוולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות ונשים בראשון חובה א"כ היו רובן בני חיובא דיוצאי מצרים נמולין היו. ולפע"ד דמלשונם הכא משמע דסברי דערלת בניהם של הנולדים במדבר עיכבו את אביהם דאינם נדונים כאנוסים מפני שתחילתם בפשיעה. מפני שנזופים היו ע"י חטא של מרגלים כמו שסיימו בדבריהם או אפשר דאינו אונס גמורה רק אמתלא להתרשלותם. וקלא ראיה מיומא דעיבלא ויומא דגותא [יבמות ע"ב] ודי להם לפטור א"ע מעונש עשה לחוד בשב וא"ת שהרי אבי הבן אינו חייב כרת כמ"ש רש"י בפ' ר"א דמילה [דף קל"ב ע"א ע"ב] ובש"ע [סי' רס"א] וגם הילודים אינם בני כרת עד שימותו בערלה כמבואר ברמב"ם [ריש הלכות מילה]. אבל על פסח הוא דקשיא להו דהיאך הקילו על עצמן בעשה שיש בו כרת. וע"ז תירצו כיון דסוף סוף לא מלו את בניהם נמצא דמן הדין נפטרו אביהם מפסח. [ובזה מחולקים למ"ש ביבמות [ריש ע"ב] בד"ה משום שכן מליכו כ"פ] וכיון שכל אחד מיוצאי מצרים כמעט רובם ככולם נפטרו ע"י לידת נשותיהם מע"ב משנה השני' לצאתם ממצרים ממה שנתעברו נשותיהם מקודם וילדו מע"ב והלאה וכן נשותיהם שנתעברו מע"ב והלאה נמצאו רובם ככולם היו להם בנים בפסח השלישי לו יהיה מחצה זכרים ומחצה נקבות מ"מ נפטרו כמעט כולם ע"י בניהם הערלים והמיעוט שלא ילדו להם זכרים הרי היו בהם כמה זבים ומצורעים וטמאים וזקנים וחולים שאינם יכולין לאכול כזית. והנקבות הילודות במדבר אכתי לא מטו זמן חיובייהו עד שתים עשרה שנה. ומה שנוספו בני חיובא מן הנקבות בשנה א' כבר היה כנגדן זכרים הנולדים הפטורים ופיטרין את אביהן מכל משך השנים האלו וגם בתוך הנקיבות של יוצאי מצרים היו בהן כ"כ זבים ומצורעים נדות ויולדות וטמאות. וגם למאן דא"ל שה לבית אבות דאורייתא פסחים [פ"ט] מ"מ אינם נכנסין במנין הרוב שאינם ב"ח בפני עצמן רק דאביהם צריך להמנותם על פסחיהם ממה שמאכילים להם. ועפ"י דברינו האלו מדוקדקים דבריהם שכתבו ומ"מ אינם חוטאים וכו' הכוונה דאע"ג דלגבי ערלת בניהם גופא לא נדונים כאנוסים וכמ"ש מ"מ לגבי עשה דפסח אע"ג דיש בו כרת ורחוק שהדבר שיקילו לעצמם באיסור כרת איברא נפטרו מצד הדין ע"י ערלת בניהם. וכן מה שסיימו נסה"ד לפי שהיו נזופים שאין התקשרות לדבר זה כאן שהרבה טעמים נאמרו שם בזה. ולדברינו ניחא שבאו להרך בזה הפסח שעשו בשנה השנית. וכן שלא יקשה מזה לר"ז כמ"ש מעכ"ת כמ"ש לעיל [אות ו'] :

ח **ודוד** נפשי תמה על הרמב"ם [פ"ו מה' קרבן פסח] דטמא מת שחל ז' שלו בערב פסח אע"פ שהזה וטבל פטור מק"פ. מהא דאיתא יבמות [דף ע"א ע"ב] ערל מקבל הזאה בעברה לא נהילי משום חולשא דאורחא ולפ"ד רמב"ם גם אם מלו בעברה היה הזאה השנית ביום י"ד ופטורים מק"פ. ונראה עפ"ד הכ"מ שם דהא דדימו שם טמא מת לטמא שרץ לאו לגמרי מדמה אלא דטמא שרץ קודם טבילה עולה במשקל לט"מ לאחר טבילה ובט"ש כבר איפליגו בהו תנאי [כדאיתא בפסחים דף צ"ג] ומש"ע התווכח ר"י להוכיח דבריו דערל מקבל הזאה אפי' למאן דא"ל דשו"ז על ט"ש קודם טבילה וממילא דשו"ז על טמא מת לאחר הזאה וטבילה :

ט **תמה** תמה קרא על הכ"מ [פ"כ מה' עדות ה"ב] ותוס' י"ט [בפרק א' דמכות משנה ט'] ד"ה ושני פטור ויצא להצדיק את דברי רמב"ם שפוסק דאם הוזמו אחר שלקה הנידון על פיהם חייבי' מלקות והמציא בשכלו הנמרץ שהוא מפני שעברו על לאו דלא תענה ובזה שיכל ידיו לפרש דתלמודא דיליף לאין משלשין במכות קאי רק לר"מ דלוקין פ' וחדא משום כאשר זמם אבל לרבנן ניחא בל"ז דנימא דלוקין משום ל"ת וכיון שכל א' מהם עבר על לאו דל"ת לוקין כ"א מהם כדינו. ולפע"ד נראה להצדיק דברי מרן זקיני בעל הכ"מ ודברי תוי"ט וקוטב דברי כיון דלפי המסקנא לאו זה ניתן לאזהרה לעדים זוממין לעשות להם כאשר זממו. וכיון שבעלמותן שייך דין הזמה בעדותן וניתן רק לאזהרה לכל סוג הזמה וגבולותיה והלכותיה וכאשר כבר עבר סוג גבולותיה שוב לא נשאר אזהרה להלקותן כיון שכבר נשאו על כתפיהם האזהרה זו בכל ימי משך גבול הזמה. ומש"ע כשכבר עשו ב"ד על פיהם אע"פ שכבר נפטרו מעונשי הזמה שוב אין הלאו זה חוזר וניעור להיות אזהרה בפ"ע להלקותם עליו מפני שעיקר הלאו הוא לגביהן לאזהרה באם יוזמו קודם העשי' משא"כ בב"ג וב"ח וכדומה דלית ביה תורת הזמה כלל מתחילה וע"ז הוא דריבה רחמנא דלוקין ומש"ע לא נשמע מה' מהפוסקים שגם כשהומת הנידון ע"פ שילקו העדים משום לת"ע. וה"ט כיון שכבר ניתק הלאו לגבייהו לאזהרה לעונש הזמה לחוד. אולם מסוגיא דב"ק [ע"ד ע"ב] משמע לכאורה להיפך גבי עדים שהוכחשו בנפש דלוקין לר"א דס"ל הכחשה לאו תה"ז ולא אמרינן שעיקר לאו זה ניתן רק לאזהרה לעדים זוממין מעיקרא אלא אזלינן בתר השתא וה"ה נמי בנידון זה. איברא לאחר העיון נראה. דבל"ז קשיא קושיא עצומה לפרש"י בפ' הנחנקין [ד' פ"ו] דפי' שם בעידי גניבה בנפש שהוזמו דאין לוקין משום דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד לר' יוחנן דס"ל דנהרגין והשתא התם דחסרי כל הנך. חדא בהעדר ושלשה בפועל שלא יוזמו עידי גניבה כעת. ושימכור הגנב את הנפש שגנב. ויבואו עדי מכירה ויוגמר הדין ע"פ לאחר דו"ח. ואח"כ יוזמו שני הכיתות ואפ"ה מיקרי שניתן לאזהרת מב"ד מפני שלאחר שיושלם כל הנך מתחייבי מיתה ובעדים שהוכחשו בנפש דלא חסר אלא חדא שלא יבוא ההרוג ברגליו טרם שיוזמו ואפ"ה לא אמרינן שניתן לאזהרת מב"ד ואזלינן בתר השתא. [וי"ל דגבי עידי גניבה עודנו ניתן לאזהרת מב"ד כשיוזמו עידי הזמה משא"כ בבא ההרוג ברגליו ודמי למ"ש תוס' סנהדרין פ"א ע"א בד"ה ונגמר]. וביותר נראה עפ"י דברי תוס' ריש פ' החולץ בד"ה תיגלי מילתא למפרע עיי"ש דבדבר העתיד להיות לא אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע משא"כ בדבר העבר וכמ"ש לענין ברירה גבי כבר בא חכם [עירובין ל"ו] וה"נ כיון שבא הרוג ברגליו גם אם לא בא עד שיוזמו כבר נודע לרבים שעודנו חי ויבואו עידי הכחשה. [וכעין דאמרינן גבי ע"א דמת בעלה דהוי מילתא דעבידא לגלויי] עד שלא יוגמר דינם ונמצא דאיגלאי מילתא למפרע שלא ניתן לאו זה לאזהרת מב"ד למ"ד הכחשה לתה"ז. משא"כ בעידי גניבה שהוזמו שהוא דבר העתיד להיות שיבואו עידי הזמה בזה לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע ומש"ה אזלינן בתר שעה שהגידו בב"ד וכמו שפירש רש"י סנהדרין להדיא דאזלינן רק בתר שעה שהגידו עדותן. ולפ"ז ה"ה נמי לרבנן דאמרינן דלאו דלא תענה אזהרה לעדים זוממין. אזלינן ג"כ בתר שעה שהגידו עדותן. ואעפ"י בנכתיים אח"כ שאין עליהם דין הזמה משום שכבר נעשה המעשה ע"פ משום דבדבר העתיד ל"א איגלאי מילתא למפרע משא"כ בעדים שהוכחשו בנפש ע"י שבא הרוג ברגליו דבוודאי היה עומד לכך. או בשגם שלא יבוא לפנינו מ"מ מצויים עדים שיכחישו הגדתן ונתברר מילתא למפרע שלא היה עליהם שום עונש הזמה כלל. אחרי החיפוש מצאתי קושיא הנ"ל בקונטרס הגאון ר' חיים יונה ז"ל שדחה פי' רש"י לגמרי מפני קושיא זו והנראה לפענ"ד כתבתי :

ועיין ברמב"ם [פ"כ מה' עדות ה"ט] הנ"ל אבל העידו עליו שאכל בב"ח או וכו' הרי אלו לוקין משום שנאמר ועשיתם. וצריך להבין מה נפקותא לדינא ביניהם. ולפ"ר אמינא דנ"מ לענין התראה דמשום כאשר זמם לא בעינן התראה דאינהו בעו למיקטליה בל"ה וכו' [עיין כתובות ל"ג]. איברא א"א לומר כן שהרי איתא התם להדיא אלא מעתה ב"ג וב"ח ומשני משפט אחד יהיה לכם. [ועיין בש"מ ב"ק [ע"ד ע"ב] שמביא בשם תוס' שאנן דבעדות ב"ג בעי התראה. והוא תמוה. ובני הרב שליט"א תירץ דברי קדשו דסוגיא אזדי לרבנן דעדים זוממין לא הוי קנס ומש"ה למדין זמ"ז אבל השיטה אזיל שם לדידן דע"ז הוי קנס ובעדות ב"ג לא הוי קנס ומש"ה לא למדין זה מזה]. ועיי"ש ברש"י משום דרוב עדות לאו בס"ת ניננו. והא דלא פי' כפשוטו דמשפט אחד לכל עונשי עדים דכתיבי בקרא דא"כ מאי הקשו בש"ס ריש מכות דל"ל והלדיקו

והצדיקו ת"ל מל"ת דאי לא כתיב הוא אימא דבעי התראה. ועפי"ז כמעט ראיה מוכרחת דלאחר שעשו שוב אין לוקין מלא תענה דאל"כ הדרא ק"ל דבעדות ב"ג וב"ח ניבעי התראה מאי אמרת כיון דרוב זוממין לאו בה"ת נינהו כפירש"י כיון דנימא דבכל עדות שבתורה כשהוזמו לאחר שעשו בין בח"מ בין בחמ"ל לוקין משום לא תענה ובכל אלו בעי התראה מצד הסברא כיון דלאו מכאשר זמם הוא דלקו ובין קודם שנעשה ובין לאחר שנעשה המעשה שהמקרה יפול בכל אופן שיזדמן ונידון רק כמהלה ע"מ מוסיף עליהם עדות ב"ג וב"ח וכיוצא בה ונמצא דרובן בני התראה נינהו. ובדברי רמב"ם הנ"ל י"ל דנ"מ לענין אם הוזמו קודם גמ"ד לפום מה דאיתא במכות [דף ה' ע"ב] לענין גמ"ד חמ"ל מנ"ל א"ג מנ"ל וכו' יעו"ש ברש"י ותוס' ולפ"ז בעדות ב"ג וכדומה דלאו מכאשר זמם קא מתרבי תו לא בעינן גמ"ד. אולם מסתימות הפוסקים לא משמע כן ועיי' ריטב"א שם. ולדבריו שם לעולם בעינן גמ"ד. ועיין במלחמות ד' שם בפ' הנחנקין גבי עדי גניבה, מפורש שם להדיא דאפי' בעדות ב"ג וב"ח כ"ז שלא נגמר הדין עפ"י לאו מידי עבדי ואין לוקין גם מלא תענה, ואפ"ל דש"ה דאיירי בפסול וקאי כאשר הכריחו תוס' שם משא"כ היכא דנפסל השתא ע"פ לעדות ובכגון זה אין הגמ"ד פוסלן דגמ"ד בעלמא הוא שהרי למפ"כ. ויש להאריך בפרט זה ואכ"מ:

י מכות י"ג א"ה אפי' לאו שאין ב"מ נמי. וק"ל דילמא באמת ס"ל דלשאב"מ לוקין. ועוד הקשה דבריש שבועות מוקי הש"ס דר' ישמעאל סובר דלאו שאב"מ לוקין. וכתב בזה דקושית הש"ס הכי אזלא. דא"כ ל"ל קרא דוהצדיקו דלוקין בעדות ב"ג תיפוק ליה משום ל"ת. ותירוצא דש"ס ריש מכות ל"ש · דהא מהאי קרא מוכח דגם לאו שאב"מ לוקין. וגם לאו שניתן לאזהרת מב"ד סובר ר' ישמעאל דלוקין, שם במכות [י"ג], ותירוצו נכון בהשכל וראוי למ"ש וש"י. איברא עיקר קושיתו מבואר ברש"י ותוס' שבועות [ג' ע"ב] בד"ה קשיא:

יא מספ"ל לר"י דמחייב בחמ"ש ומלקות בהתראה [חולין דף פ"א] דילמא דוקא בשוחט שניה לעכו"ם כיון דאפשר שיתחייב מלקות לחוד ולא יכנס לגבול חיוב מיתה כלל שהרי אפשר שישחוט את בנה ולא יחשוב לעכו"ם אבל ביו"ט שחל בשבת וכן בא"א ונדה דבלתי אפשר שיתחייב מלקות עד שיכנס לגבול חיוב מיתה דילמא גם ר"י מודה שגם חמ"ש פוטרו ממלקות ופש"ל מלאו שניתן לאזהרת מב"ד דעיקר הטעם משום דחסרא להו ללאו לענין מלקות אבל הכא דאיתא ללאו דיו"ט ונדה לוקין, ואין דמיונו עולה יפה דמש"ל לענין חמ"ש שיש בכן שני לאוין ופש"ל מלאו שניתן לאזהרת מב"ד דליכא אלא חד לאו ואין ספק שיש ע"ש במכתבו היקר. וביותר הו"ל למיפשט ספיקו מדברי רש"י פסחים [דף מ"ז] גבי חורש ביו"ט וז"ל ושבת לא תני משום דלאו שניתן לאזהרת מב"ד הוא. דלאו ד"ה דהא ר' ישמעאל סובר דלוקין על לאו שניתן לאזהרת מב"ד [מכות דף י"ג] וביותר הוה ל"ל דא"כ ליפטרו חמ"ש של שבת על לאו דיו"ט וליפטר גם על יו"ט אליבא דכ"ע. וגם בלא ראיה נראה ג"כ מצד הסברא דאין לחלק בזה שהרי כשם דלרב דימי דס"ל אליבא דר"י דחמ"ש אין פוטר מתשלומין [שם בחולין] ולא מפלגינן בין זורק ד"א בשבת וקרע שיראין בהליכתו לבין חובל או מדליק גדישו בשבת או מכה בהמה בשבת ובכולהו חייב בתשלומין היכא שלא התרו בו אע"ג דא"א. ה"ה נמי לדידן בחמ"ש וחייבי מלקות אין לחלק ביניהם:

יב תמה לר"ל דס"ל דחמ"ש פטורים ממלקות היאך מוקים לפלוגתא דר"י ור"ע [במס' מכות דף י"ג] דאי לתני' א' בש"ס משום רשעה אחת אתה מחייבו וברשעה המסורה לב"ד א"כ בלא מסורה לב"ד גם לר"ע לוקין כמ"ש בתוס' שם. וגם לתירוץ רבא שם. הטעם לר"ע משום דחסר הלאו. אבל באם הלאו בעולם גם ר"ע סובר דלוקין. וא"כ ר"ל דפוטר בשחט אותו ואת בנו לעכו"ם כמאן. ונראה דרשעה המסורה לב"ד ל"ד היכא שמסורה גם עתה לעונשו בב"ד רק היכא דחומר העונש ניתן לב"ד כגון במזיד. ובשוגג כיון דהתורה חסה עליו דלא לעונשו בכפלים בזה פליגי ר"י ור"ל. אבל בא"כ שגם בכל חומר דידי' לא נמסר לב"ד לכ"ע אינו פוטר ממלקות ואפילו לר' נחוניא בה"ק. [כתובות דף ל'] דס"ל דא"כ כחייבי מיתה כיון דמאסון יליף ליה. זהו לענין חיוב תשלומין לבד דפטור תשלומין ילפינן מאם לא יהיה אסון כדאיתא בכתובות [דף ל"ה] וראיה לדברינו דאזלינן רק בתר עיקר העונש שהרי לרבין אמר ר"י בכתובות שם דפסקינן כוותיה דחמ"ש פטורין מממון אף דלא נמסר לב"ד. ומה שכתבו תוס' דחייבי מיתה דלא התרו בו אינו פוטר ממלקות זהו לר"י דפסקינן כותיה ולמאי שנבאר לקמן גם ר"ל מודה בזה גם לאוקימתא זו. ועיין פסחים [דף כ"ט ע"א] ברש"י בד"ה את יוה"כ דלדעתו גם לרנבה"ק א"כ שוגגין אינן פוטרין אפי' ממון ותוס' שם חולקים. אמנם זהו בממון דוקא אבל לענין מלקות דמרשעה אחת הוא דילפינן ליה גם לר' נחוניה בה"ק אינו פוטר. ומש"ה גם לדידיה לוקין בא"כ וגם לתירוצא דרבא משום דחסרא ליה ללאו אבל היכא דאיתא ללאו גם לר"ע לוקין ניחא ג"כ אליבא דר"ל:

ובזה צריכין לבאר קצת דהנה מתוס' ב"ק [דף ד'] בד"ה כראי אדם מתירוצא דר"י שם נשמע דעל דבר אחד לא נפטר משום קם ליה בדרבה מיניה דיש לומר מפני חומר עונשו לא מתכפר רק בשניהם יחד ומש"ה לולא קרא דעליו ולא על האדם הו"א דמשלם כופר וקטלינן ליה. [וכ"מ בעיר הנדחת דמשום חומר העונש דקטלינן להו וממונם אבד]. דדוחק לומר דסברת תוס' הוא משום דכופרא כפרה [ועיין תוס' כתובות ל' ד"ה זר דגבי תשלומי כפרה לא קים ליה בדרבה מיניה]. דבזה פליגי התם ולאו ד"ה. וגם מסתימת דבריהם לא משמע הכי שלא הזכירו כלל מזה. א"ו דכוונת דבריהם כמ"ש. והנה מכמה סוגיות נראה בהיפך מזה [בריש מכות דף ד'] גבי מש"ר וגבי עדים זוממין דילפינן מינייהו דלוקה ומשלם בעלמא גם בשני ענינים. וכן בפלוגתא זו דר"י ור"ע דאמרינן גם על דבר אחד א"א דנעבדי ליה לתרווייהו. ולהבין הדבר לעמק פשוט בפשטו'. והוא דעיקר פטור דקם ליה בדר"מ הוא משום דתורה. חסה גם על הרשעים לבל יתלכדו בשני עונשים אפי' היכא שכבר חייבתו על כ"א בפני עצמו. מ"מ נפטר על הקל היכא שנכנס בגבול החמור ממנו אפי' בשוגג ועיקר קרא דכדי רשעתו קאי רק על זה היינו היכא דאיכא שני חיובים במעשה זו קל וחמור. אבל על דבר א' יש לומר שהחמירה עליו עד דעבדינן ליה לתרווייהו. אמנם זהו היכא דאיכא למיתלי בחומר העבירה מפני שהגדיל עונו מנשוא לא ינקה גם היכא דעבדינן ליה להחמור לחוד. כמו דמצינו בעיר הנדחת. מ"מ אכן לא מצינו למילף מהם. ומי יעלה וישקול כאלה בפלס מאזנים יחד. רק גבי רוצח אם לא דמיעטה רחמנא מעליו הו"א כיון שכבר מצינו לתשלום כופר כשנהרג ע"י גרמתו שוב לא נפקע ממנו חיוב זה ומפני רוב עונו של ש"ד הוא דעבדינן ליה לתרווייהו ולא קשיא מכדי רשעתו דהתם בשני סוגי עבירות קלות וחמורות ומש"ה כשנלכדו יחד התורה חסה עליו על הקלה שלא יענש עוד עליו כיון שכבר נענש על החמור [או בידי אדם במזיד או בשוגג בידי שמים]. אבל גבי מוציא ש"ר ועדים זוממין אם נימא דעבדינן לתרווייהו ומחייבינן ליה בשניהם על ד"א תו א"א לומר דכדי רשעתו קאי על ממון ומלקות משני סוגים דהשתא לכתחילה מחייבינן ליה על שניהם יחדיו [אע"ג דליתא לכל חדא בפ"ע] מכ"ש היכא שכבר חייבו רחמנא על כל א' בפ"ע דתו לא נפטר מחיובו כשנפגשו יחד. ומשה"ע אמרינן לר"מ דכדי רשעתו לא קאי אלא על מיתה ומלקות ולרבנן משום דלא ילפי ממוציא ש"ר כמבואר בתוס' בכמה דוכתי אמרינן בעלמא דאינו לוקה ומשלם דכדי רשעתו כתיב:

והא דקאמר ר"ע לר"י לאוקימתא ראשונה משום כדי רשעתו ה"ק דהשתא אם על דבר אחד מחייבין לשניהם מכ"ש שלא יפטור אחד את השני. דאיזה כח מרובה כח המבטל או המסלק. [כדאיתא בנדרים דף ע"ה וכמש"ל באות א'] אמנם זהו אם נימא דבכל א"מ עבדינן לשניהם דשוב א"א למיתלי בחומר העון וכן גבי ע"ז ומש"ר דלא עבדו מעשה כלל. ומשה"ע יליף ר"מ מהם מכח ק"ו דהשתא חיובי מחייבינן ליה מכ"ש דלא פטרינן ליה:

ולפי הצעת הדברים אלו ממילא ניחא לר"ל הך לאוקימתא ראשונה לשניה. דר"ל איירי בשני ענינים קלה וחמורה וס"ל דהתורה חסה עליו לבל יענש על הקלה כיון שנכנס לגבול עונש השניה אפי' בי"ש. משא"כ בעבירה אחת דאדרבה התורה החמירה עליו שיענש בחמורה על עבירה זו כשהתרו בו על מיתה דמכ"ש כשהתרו על הקלה לחוד דאין גופו פלט מעונש הקל משום לאו שבו. כנלפע"ד בירור הדברים:

יג מה שדקדק רום מעלתו לתי' הראשון משום שני רשעיות דא"כ הדרא קושית רש"י פסחים בסוגיא דהואיל ולחשוב נמי של שבת. הלא נודע דהסוגיא בדוכתי' הקשה כמה קושיות בזה. ומשני דתני

דתני ופריך הגם שזה מלוי ביותר, וזהו דקשיא לרש"י אמאי לא הקשו מזה. ועי"ז תי' משום דסברי כמסקנא דרבא:

יד **רישא** זבחים פריך התם מנ"ל דסתמא כשר. והקשה דהשתא סתמא נימא דיפסול ובשוחט לשם חולין ילפינן התם דכשר מקרא דלא יחללו דחולין אין מחללין קדשים. לו יהיה דחולין אין מחללין הא לא הוי בפירוש לשמה. וא"כ מוכח מקרא דסתמא כשר. רק ע"ז הדה בהשכל דאכתי איכא נפקותא בשוחט לשמה ולשם חולין דמסלקינן למחשבת חולין לגמרי ונשתייר לו מחשבה לשמה ואוקמינן הקרא בכה"ג. אבל בסתמא אכתי אפשר לומר דפסול. אבל זאת תמוה לדעת תוס' בריש זבחים סד"ה כל הזבחים ותוס' ס"פ המפקיד דמחשבה לאוד אינה פוסלת רק בדיבור והיאך קס"ד דמסתמא יפסל ומחשבה אינה פוסלת עכ"ד מעכ"ת. וקושיתו הראשונה גם בפשיטות נ"ק שהרי שם [דף מ"ו] איתא להדי' דלשם חולין כשר ואינו מרצה דהיינו שאינו עולה לבעלים לשם חובה אבל בסתמא מרצה ועולה לשם חטאת:

ובעיקר הקושיא על תוס' נראין הדברים דסתמא דהכא פירושו שלא שם על לבו כלל בשעת זביחה אם היא בהמת קדשים או של חולין ואילו שם על לבו אז. אזי במעט התבוננות בלא ידיעה אחרת היה יודע שהיא של קדשים [וכעין דברי הר"ן בריש פ' שבועת העדות שפירש על הא דתנן ואינם חייבים על שגגתה יעו"ש]. וכיון דאי' לקמן [דף מ"ו] דמשום חולין פסול דדוקא לשם חולין כשר עיי"ש וגם מסקינן בחולין [דף י"ג] דקטן ששחט פסולה בקדשים משום דדמי למתעסק וכמו משום חולין כמ"ש התוס' שם בחולין ה"נ קס"ד בגדול שלא שם על לבו כלל לחשוב אם היא של קדשים נמי לפסלה קמ"ל כיון דאילו שם על לבו לחשוב בזה היה יודע דשחיטתו כשרה ומרצה:

טו **תמה** תמה בעיני כל הרואה דברי תוס' מנחות [ד' ע"ג ע"ב] בד"ה איש איש וכו'. וז"ל וא"ל דהיינו ישראל מומר וכו'. דהיאך ס"ד כן דהא דרשינן מכם להוציא את המומר. ועוד דמה"ת יקבלו ממנו במום דאע"ג שחטא ישראל הוא לכל לאוין שבתורה. עכ"ד, והנה דבריהם נפלאים ואני אוסיף עוד דלו יהיה הכל נכון (כאשר היא לקושטא). אכתי אינו מובן מאי שהשיבו ע"ז מגמרא דקס"ד כיון דמומין כשרים לבן נח וכו' דזהו למסקנא דכתיב איש לרבות את הנכרים. לכן אמרינן ג"כ דבן נכר דכתיב איירי ג"כ בנכרים. וא"א דכוונת התוס' דא"א לאוקמי קרא במומר א"כ הדרא ק"ל דלמה לי מיד בן נכר. אזי ביותר קשי' קושיית מעכ"ת דגם בלא זה הכי אין ביכולתם להקשות כן לעצמם. וגם קצת יש לדקדק בת"ד דמתרצי דב"כ דקרא הייתו מומר כמו גבי פסחים שהרי גם התם לא דרשינן כן אלא משום יתורא דהכא כתיב כל ערל וגו'. אבל בלא"ה פשטא דקרא קאי רק על נכרי:

אבל אחר העיון נלפע"ד להעמים בדבריהם כוונה נמרצת ודבריהם וכל דברי רבותינו הראשונים מזוקקים ולנולים כשמש בצהרים. דאיתא בערכין [דף ה' ע"ב] אמר רבא הלכתא כר"מ. ועיין בתוס' בד"ה א"מ שנסתפקו קצת לדינא אם בדיעבד דינו כהקדש. ונראה מדבריהם שיותר מסתברא דאינם קדושים כלל לבד"ה. והרמב"ם [פ"א מהלכות ערכין הל' י"ב] פוסק להדי' דאינם קדושים כלל לבד"ה. והב"ד יוליאם למה שירצו. ואם נתכוין לב"ה דווקא אזי יגנזו. ומעתה לולא דכתיב בהדיא לרבות את הנכרי לקדשי מזבח הו"א מלד הסברא דלא מקבלין מהם דמה"ת יגרע קדשי מזבח מקדשי בד"ה. ומשה"ט הוא דדחקינן לאוקמי דבן נכר איירי במומר כי היכי דנימא דב"ה וקדשי מזבח שוים זה כזה. וזה פשוט:

אמנם להבין עיקר דבריהם בזה עודני לריך להקדים הא דאיתא בתמורה [דף ז' ע"א] שהקשו שם בש"ס על בע"מ מעיקרא דלא יעבור עליו דיקלא בעלמא הוא. ומשני דיקלא לא זילא מילתא בע"מ מעיקרא זילא מילתא כיון דשביק תמים והקדיש בע"מ חייב, יעו"ש. והשתא קא אמינא דקס"ד במומר כיון דאידחי גברא שגם תמימים אינם מקבלין מהם. [עיין כריתות [דף ז'] אמר עולא אר"י אכל חלב והפריש קרבן והמיר דתו וחזר בו הואיל ונדחה ידחה. ועי' בתוס' סנהדרין [דף מ"ז ע"א] ד"ה אבל דאפילו בדיחוי מעיקרא כה"ג הוי דיחוי]. שוב כשהקדיש בע"מ מעיקרא אינו עובר עליו לא המקדיש ולא המקריב מידי דהוי כדיקלא בעלמא דמידי טעמא בישראל משום דשבק תמים וכו'. אבל במומר דנדחה גם מתמימים שוב אינם עוברים עליו בל"ת רק כחולין בעזרה לאוד דגם להיותר מחמיר אינו עובר אלא בעשה כמבואר בקדושין ובפסחים ריש פרק כל שעה. ומש"ה אתי קרא לאשמועינן דאפ"ה עוברין עליו הן המקדיש והן המקריב ולזה הביאו תוס' מנחות ראי' מתמורה דמוכח משם דסברת הש"ס דאינו מן הסברא לטעות בזה דמשום דאידחי גברא ליהוי כדיקלא בעלמא דא"כ מאי הקשו למה לי קרא דבן נכר. דמהיכא תיתי יעדיף כחו של עכו"ם מישראל. ולא אמרינן דאתי קרא לאשמועינן דאפילו קרבנות שאין מקבלין מהן כגון חטאות ואשמות אפ"ה עוברין עליהם. אלא ודאי דאין מן הסברא כלל לטעות בכך ולא לריך קרא לזה והדרא קושיא לדוכתי'. וזה הנראה לפענ"ד בעומק דבריהם כדרכם אשר עיניהם פקוחות היה בכל בסקירה אחת:

טז **מעילה** [דף י"ב ע"ב] תוס' ד"ה חלב המוקדשין ומשמע מדבריהם שהגיזה בעלמו שרי. והקשה מעכ"ת מערלה [פ"ג מ"ג] האורג מלא הסיט ידלק, ישים נא עיונו בתוס' חולין [דף ל"ו ע"ב] בד"ה ס"ד. ובריש [פ"ג מ"ג] דערלה דמבואר שם דכל הפילפולים בגיזה רק אם אסורה מדאורייתא. אבל מדרבנן אסורין וכמ"ש שם מבכורות:

יז **מספ"ל** לר"מ דאינו יולא במלה של מעשר שני בירושלים [סוכה דף ל"ה ע"א] או בגבולין לכ"ע (וכמ"ש רש"י שם ל"ד ע"ב במשנה ד"ה ואם נטל. ובתוס' סד"ה לפי) משום דבעינן לכם להיתר אכילה לכ"ע. אם נתערב כזית של מעשר שני עם כזית חולין ואכל שניהם יחדיו או בזה אחר זה אם יולא ידי חובתו אם נימא כיון דחד בחד אסור מדאורייתא ואין לו בהם היתר אכילה ולא הנאה דאסור ג"כ למוכרם. ונראה דכעין זה מבואר בתוס' שם [דף ל"ה] בד"ה אתיא וכו' וז"ל אבל לגבי מלה אם אכל כמה זיתים אם יש משלו כזית ילא. ואין לומר דש"ה דמשום מיגו דאי בעי היה מפריש ממנו הוא דיולא ידי חובתו וכמו שיולא בשל דמאי. דזה אינו דמיגו לא מהני אלא היכא דלא חסרא לי' בגופה ויש בה היתר אכילה כמו שהיא וכאשר יולא בה י"ח יש לו היתר אכילה רק דמיגו הוא בדבר אחר כמו בדמאי דאי בעי מפקר ליה לנכסיה. משא"כ היכא דחסרא ליה בגופה בשעה שיולא בה ידי חובתו לא מהני לדעתם דסברי דאינו יולא באתרוג של טבל אע"ג דאפשר להפרים עליו ממקום אחר. רק לדעת רמב"ן מובא בר"ן שם היינו טעמא דס"ל דאפי' בחסרון בגופו אמרינן מיגו ובסברא זאת הוא דפליגי יעו"ש. ולרמב"ן ס"ל לקושטא כן דגם באתרוג של טבל יולא ולדידי' כשאוכל אפי' רק כזית של טבל נמי יולא ידי חובתו. אמנם לדעת תוס' קיימינן דסברי דאינו יולא י"ח במלה של טבל ואפ"ה כתבו דיולאין י"ח במלה שאוכל יותר מכזית (לולא הלימוד מדכתיב לא תאכל עליו חמץ וגו' ילא זה שאין אסור אלא משום בל תאכל טבל). כן אמינא לפום רהיטא. איברא לקושטא אי אפשר לומר כן. דאכתי אמאי יולא בשני זיתים שהרי כמו שהיא עתה אין בה היתר אכילה בכולה שהרי בטבל עובר על כל זית וזית. וכ"מ מרש"י שם [דף ל"ה] ד"ה ומאן דבעי. אלא בע"כ ל"ל דתוס' שחידשו שם דטבל פסול משום שותפות חולקים בזה על רש"י. דלשיטת רש"י אתרוג של טבל הוא פסול מפני היתר אכילה דלכ"ע בעינן. ותוס' סברי דלענין היתר אכילה אמרינן כיון דמשכחת לה שיהיה מותר באכילה כגון אם מפריש ממקום אחר. רק משום שותפות הוא דפסול מפני חלקו של כהן ולוי. וכנגד אינו שלו הוא דלא מהני מיגו היכא דחסרא לי' בגופה ולדידי' גם באתרוג של ספק אינו יולא ידי חובתו היכא דלא נתכוין לזכות בו. ולדעת רמב"ן גם בזה אמרינן מיגו. או אפשר לומר דתוס' סברי דהא דבעינן היתר אכילה דווקא בדבר שאין לו בו דין ממון כגון של ערלה. אבל במעשר שני לר"מ אע"ג שאין לו דין ממון כיון שיש לו היתר אכילה יולא. אבל בדבר שיש לו דין ממון שהוא שלו לכל דבר. תו לא איכפת לן במאי שאינו רשאי לאוכלו. מש"ה הוא שחידשו דטבל רק מפני שותפות לבד הוא דפסול. מ"מ נשמע להדיא מדברי תוס' היכא שהיה לו מלה שלו ומלה של חבירו. ואכל מכל אחד כזית דיולא ידי חובתו. וה"ה נמי בכה"ג במע"ש בגבולין. לדעת מהרש"א שם. [סוכה דף ל"ה בתד"ה ומאן דפוסל. דל"ה היתר אכילה במעשר שני בגבולין. וכמ"ש באריכות לקמן בדיני כתותי מכ"ש [סי' י"ד אות א'] משום דאין לו דין ממון לכן בעינן היתר אכילה בכאן, עיי"ש]. דאע"ג דלכתחילה אינו רשאי לאכול את שניהם מ"מ אם אכלן ידעינן למפרע

למפרע שאכל כזית בהיתר דמפני שאסור לכתחילה אכתי לא נשמע מש"ס ופוסקים דיוצא לגמרי מתורת לחם וצ"ע:

יח מספ"ל באתרוג של ערלה שנתערב חד בתרי בכשר. אם יוצא בשניהם כיון דצריך לשרוף שניהם. או דאמרינן דקמי שמיא גלי'. ורצה לפשוט מתוס' שהקשו דל"ל טעמא דמכתת שיעורי' תיפוק לי' משום מצוה הבאה בעבירה הא איכא נפקותא בזה האופן. דמשום מצוה הבאה בעבירה ליכא כיון שאין רוצה לצאת בהפסול. ומשום כתותי מכ"ש איכא. אלא ודאי דגם הטעם דכתותי מכ"ש ליכא בכה"ג. וגם מש"ס גיטין פרק השולח [דף מ"ב ע"ב] גבי כהנת שנתערב וכו' דאמרינן אילו אתי אליהו. ולפע"ד נראה דבזה אינו יוצא י"ח דזה דמי לדברי תשו' הר"ן [סי' נ"א] כיון דנדר אל מספק וספיקא דאורייתא לחומרא מהני ג"כ לענין שאלה אפי' לקולא דמאי נפקותא אם אל מחמת ודאי או מחמת ספק כיון דמדינא חייל ומכ"ש בזה כיון דבעינן שיעורא בשעה שהוא יוצא ידי חובתו. וכיון דמדינא עומדים לשריפה שניהם יחד ואין רשאי להשהותם עד שיתברר הדבר. משא"כ התם גבי תרומה דלא איכפת לן במאי שאינו ראוי לעבודות באותה שעה רק אם לעולם לא יהי' ראוי. ומשה"ע אמרינן כיון דאפשר להתברר קנין כספו קרינן בי'. וכן יבמות [דף מ"א ע"ב] גבי אחת משתי אחיות דאמרינן ג"כ מה"ט דאם יבוא אליהו דהתם נמי אם אינה עולה ליבום משעת מיתה עד שעת חליצה כגון שהיתה נדה לא איכפת לן בזה ועולה לחליצה דדוקא כשאין עולה ליבום לעולם הוא דאינה עולה לחליצה. מש"ה אמרינן ג"כ כיון דאפשר להתברר וכעת איכא לפנינו שני דרכים בממ"נ כמובן. דאם צריכה חליצה עולה ליבום ג"כ. וכן בגיטין איכא ממ"נ כזה, כמובן:

דברי ידיד נפשו הדו"ש תורתו.

הק' משה יהודה ליב

סימן ח

בדיני חמץ

ע"ד שאלתו בנידון אשה אחת אלמנה שצותה לבנה שיכתוב בעדה שטר מכירת חמץ קודם פסח דהאי שתא ולאשר לא ידע הנוסח לקח לפניו נוסח שטר מכירה משנה שעברה וכתב את מיני חמץ שהי' לה עתה. רק בשגגה מסרה שטר מכירה הישן ואחה"פ נודע להם מזה:

א הנה המנחת יעקב בספרו תורת השלמים [סי' ו'] ופנים מאירות ח"ב [סי' קס"ג] הקילו בביטול חמצו ואנוס על הביעור דאיכא תרתי למעליותא. אבל רבו המחמירים בזה. ה"ה הפנ"י בתשובה [סי' י"ד] והגאון בנוב"י מהד"ק [סי' י"ט] ובתשו' הגאון מו"ה ע"א זצוקלה"ה [בסי' כ"ג] הגם אמנם יש לשדות נרגא בכל ראיותיהם כאשר יתבאר. מ"מ אין להקל נגד עדת הגאונים והקדושים נ"ע האלו. אך נלקטה מן הבא בידי בקצרה. כראוי לנבון כמותו:

הן עיקר ראייתו של הנוב"י מן דברי הה"מ שהביא ראיה לדברי הרמב"ם [פ"א מהלכות חמץ ה"ד] מסוגי' דהרהינהו שגם באנוס על הביעור אסור לאחר פסח. שהרי בא"י שהלוה לישראל על חמצו אסור לאחה"פ. בדלא אמר לו מעכשיו. והרי התם הוי אנוס על הביעור. ומזה הוכיח הנ"ב דגם בדאיכא תרתי למעליותא אפ"ה אסור לאחה"פ. דאלת"ה אזדא לי' ראיתו לגמרי. דש"ה שהרי לא נאנס על הביטול. ומש"ה הוא דאסור לאחה"פ. א"ו דאפי' כשביטל ואנוס על הביעור. אסור לאחה"פ יעו"ש. ודאיתי זה כמה שנים. דלעולם דהיכא דאיכא תרתי למעליותא מותר לאחה"פ. והרמב"ם מיירי היכא דנאנס על שניהם. והתם ג"כ נאנס על שניהם שהרי אינו יכול לבטל מפני שכל עיקרו של ביטול הוא מטעם הפקר. וכיון שהשכינו אצל הא"י. אע"ג דא"י מישראל לא קנה משכון כדאי' בפסחים [דף ל"א] מ"מ אינו ברשות הישראל להפקירו. כדאיתא בב"ק [דף ס"ט] דלנוטעים ור' דוסא אמרו דבר אחד ע"ש. וה"ה נמי דאינו יכול לבטל. והבאתי ראי' לזה מדברי מרדכי בבא בתרא בסוף פ' השפינה עיי"ש היטב. ועתה מצאתי און לי עוד בתשו' רע"ק איגר זצוק"ל [סי' כ"ג] יעו"ש שהביא ראי' מגזל חמץ ועבר עליו הפסח. דפש"ל שהנגזל א"י לבטל דאינו ברשותו. [ושמעתי שגם שארי הגאון מהרי"א ז"ל האבד"ק לונשיץ דחה את דברי הנוב"י מטעם זה. והביא ראיה מדברי רמ"א יו"ד (סי' רכ"ח סעיף ז') גבי הקדיש את המותר. וי"ל דהתם בישראל מישראל דקנה משכון, משא"כ בא"י. אולם במרדכי הנ"ל מבואר בפירוש דאפי' אם המלוה הוא א"י מ"מ אינו ברשות הלוה]. גם מה שהביא הנו"ב שם ראי' מהשמטת דמתניתין פסחים [דף כ"ח ע"א] דתנן חמצו של א"י שעבר עליו הפסח מותר בהנאה. וחמצו של ישראל שעבר עליו הפסח אסור בהנאה, [כצ"ל] יעו"ש. וז"ל וממולא הדברים אתה שומע שאפי' הפקירו וגם היה אנוס על הביעור ג"כ אסור. דאל"כ אכתי נפליג בשל ישראל גופא וכו'. יש לדחות דאם הפקירו תו לא הוי חמצו של ישראל. שהרי אין לו בעלים. ותו לא מיקרי כמפליג בדידה. רק בין יש לו בעלים לאין לו בעלים, ויותר רבותא הוא בתרווייהו בשל בעלים. ולמ"ב למ"ד דבשל א"י אפי' בקיבל עליו אחריות מ"מ מותר לאחה"פ, [עיין בחק יעקב סי' ת"מ סק"ד והוא שיטת ר' יונה בירושלמי]. גם באחריות אלם לדעת החולקים על שיטת הרמב"ם, או באחריות פשיטה לחוד [כמו שמביא השו"ע א"ח סי' ת"מ ס"א דעת ראשונים בזה]. אבל בשל הפקר דליכא שום אחריות עליו פשיטא לן דמותר היכא דאנוס על הביעור. אבל בשל א"י מש"ל מיהת בחד צד לכל הפוסקים לרבותא דהיתרא:

גם בתשובת הגאון הקדוש מוהרע"א זצ"ל [סי' כ"ג] השיג וז"ל, ולפענ"ד י"ל בע"א דבביטול איסור ליכא דררא דאורייתא וכו' למאי דקי"ל דאין מבטלין איסור לכתחלה וכו'. ומלבד זה לענין ביטול חמץ יש לחלק ביותר, דדווקא במטביל ומעשר ומטמא ומנסך ומדמע דהאיסור שלפנינו דרבנן, בזה לא קנסו שוגג אטו מזיד. אבל ענין שהיית חמץ בביתו הוא דאורייתא וכו'. וי"ל דקנסו שוגג אטו מזיד כנלפענ"ד, עכ"ל עיי"ש. ולדעתי הקלושה הדין והצדק עם בעל פמ"א, ונמתיקה את כל הפקפוקים אחת לאחת. הנה מ"ש לחלק דהכא גבי חמץ תחילתו דאורייתא אלא דעשה תיקון ועלה וכו'. הנה מצד הסברא דכיון שביטל קודם שהגיע זמן איסורו ובשעה שהגיע זמן איסורו כבר חל הביטול, וליתא לגררא דאורייתא כלל. תו לא איכפת לן במה שהיה קודם הביטול, כיון דקודם הביטול ליתא לאיסורא. ובהגיע תור האיסור ליתא לגררא דאורייתא. דלא מיבעיא לדעת הרמב"ם למ"ש הב"י [בסי' תל"ח] דבהנך בעיות בפסחים [דף י' ע"ב] דככר בפי עכבר וככר בשמי קורה וכו' אמרינן דמבטל לכתחלה ותו לא הוי אלא ספיקא דרבנן אזי פשיטא דס"ל כן דלאחר הביטול כבר נסתלק הענין מחששא דאורייתא. ואפי' לדעת הראב"ד שחולק עליו הוא מטעמא אחריתא. דס"ל דדמי למטמין בבורות לפי שנודע לו בשעת הביטול. אלא אפי' לדעת אבי העזרי הובא בב"י [סוף סי' תמ"ב] דמחמיר בהנך אבעיות וס"ל דלא אמרינן בהו ספיקא דרבנן לקולא. זהו כשנולד הספק קודם הביטול או קודם הפסח. אבל בנידון זה שאנו דנין עליו שלא נודע לו כלל עד אחר הפסח אזי לכ"ע לית לן משום גררא דאורייתא. והדר דינא למ"ש הפמ"א דבדרבנן לא קנסינן שוגג אטו מזיד, ועיין במג"א [ס"ס תל"א ובסי' תל"ט סק"ג] וז"ל שם נ"ל כיון דלא חל איסור חמץ עד שעה ו' וכו', עיי"ש. איברא עודנה יש מקום לדברי קדשו דמ"מ יש מקום לחלק בין ביטול איסורין דעלמא ובין ביטול חמץ, דהתם ליתא לאיסורא דאורייתא בעצמותו משא"כ גבי חמץ דרק ע"י תיקון ועלה נסתלק האיסור דאורייתא. אולם לפענ"ד יש להביא ראי' גם לזה. דגם בנידון כזה ל"ק שא"מ לדידן דפסקינן כר' יהודה. מסוגי' הנ"ל גיטין [דף כ"ד ע"א] דמקשינן לר"מ מדם שנטמא וזרקו בשוגג הורצה במזיד לא הורצה. ועי"ש היטב בפירש"י ד"ה ואנן ניקום משמע להדיא דלר"י לק"מ. וכן בתירוצא דש"ס שם אמר לך ר"מ משמע להדיא דלר"י ל"צ לתירוצא דש"ס. והלא לדידן ור"י בעצמו ס"ל כן דציץ אינו מרצה אלא בעודו על מצחו. עיין יומא דף ז' ע"ב. [ובפסקי הרמב"ם פ"ד מהלכות ביאת מקדש הלכה ח'. ועיין בכ"מ שם], נמצא שנסתלק לאיסורא דאורייתא רק ע"י מעשה ותיקון. ודמי במשקל לביטול חמץ שנסתלק באיסור דאורייתא ע"י ביטול שלו, ואפ"ה ל"ק לר"י שא"מ גבי דם שנטמא. ואי משום דהתם לא נתכוון הכהן גדול לזה

לזה, הלא גם ביטול חמץ לא נתכוין להערים רק לעשות כתיקון חכז"ל דבודק צריך שיבטל, עיין פסחים [דף ו' ע"ב]. גם מה שכתב בסוף ד"ק וכיון דחז"ל אמרו שלא לסמוך על תקנה זו ממילא הוי כמו דאורייתא וכו', עיי"ש. היכן מצינו שחז"ל סילקו את הביטול. הלא הביטול מועיל שלא יעבור על ב"י ובל ימצא ואפי' בלאו שיש בו מעשה כגון שחימץ עיסה בפסח ובטלו טרם שנתחמץ דשוב אין לוקין עליו ואין זה דומה לשאר תקנות דלפעמים עקרו לדאורייתא לגמרי, אבל גבי חמץ הלא הביטול נשאר בתוקפו רק שהוסיפו לקנוס גם אחר הביטול על שלא ביער כתיקונם וקנסא לא שייך רק גבי מזיד אבל בשוגג לא קנסו אטו מזיד. דאזלינן בתר השתא דלא נשאר רק איסור דרבנן לחוד. וקל וחומר מרילוי הלין. דבמזיד עקרו הרילוי לגמרי ואפ"ה ל"ק שא"מ. מכ"ש גבי ביטול חמץ שגם במזיד לא נתקו את הביטול לגמרי. דמהני מיהת שלא יעבור על ב"י וב"י ולענין כו"כ דברים שהקילו לאחר הביטול:

ונראה להביא ראיה מרחוק דגם הפרי חדש פסק להלכה למעשה כעין סברת הפמ"א ומ"י הנ"ל. עיין בשעה"מ בפ"י מהלכות מקוואות [כלל ו'] ד"ה וראיתי להפ"ח ה' פסח סי' תס"ז סק"ע וכו' בתוה"ד וז"ל האמנם הא ק"ל טובא במ"ש ועוד וכו' וצ"ע עכ"ל ע"ש. ונראה ליישב דהתם גבי חטה שאפי' שגם בפסח שהוא ספק דאורייתא ידעינן בבירור שלאחר הפסח יסולק לגמרי מספיקא דאורייתא ולא יהא עוד רק ספיקא דרבנן. משא"כ בעובדא דמהריב"ל בכלים שאינו ב"י שגם עתה לא נסתלק הסד"א לגמרי שהרי אם יבשלו בו דבר חריף בתוכו. גם עתה כשאינו ב"י הדר הוי ליה סד"א, [וכמ"ש הרשב"א בתשו' סי' תל"ז]. ונמצא דגבי חמץ דמי הנידון לביצה דספק נבילה דמותר משום שהן שני גופים נפרדים וה"נ גבי חמץ שהם שני זמנים מחולפים ומה לי בין ב' חתיכות ובין ב' זמנים. כשם דגבי איסור כולל לא מחלקינן בהו בין כולל חתיכה דהיתרא עם חתיכה דאיסורא. כגון בנשבע שלא אוכל נבילו' וכשירות דחל שבועתו שבועות [דף כ"ג ע"ב]. וגם בכולל זמן דהיתרא עם זמן דאיסורא חל שבועתו. כגון בשבועה שלא אתרום בין בחול בין ביו"ט מכות [דף כ"ב ע"א], ה"נ הכא גבי חמץ. משא"כ גבי כלים שאינן ב"י שנתבשל בהם ספק טריפה שגם עתה לא נסתלק מן הבליעה שם גררא דאורייתא לגמרי שהרי אם יבשל בהם דבר חריף חוזר וניעור לאיסורא דאורייתא כמו כלים ב"י. ולהכי נידון כחתיכה אחת. ולפי"ז נידון ממילא שגם בעובדא שנשאל עליו בעל פמ"א ומ"י שדינו כשתי חתיכות. והנידון דלאחה"פ נפרד לגמרי מתוך הפסח. וכאילו הי' חתיכה אחרת ונידון בפ"ע כמו בשאר איסורי דרבנן דלא קנסינן שוגג אטו מזיד. מאי אמרת דמ"מ נסתעף הדבר מן איסורו דתוך הפסח. הלא גם התרנגולת של ספק נבילה איסורן של הביצים המה רק מן התרנגולת. ואפ"ה נידונים בפ"ע. ה"ה נמי באיסורו של אחה"פ נידון בפ"ע. שכבר הוכחנו מדבריו דשני זמנים נידון כשתי חתיכות:

איברא יש להמציא דבכה"ג גם המחמירים מודים. שהם לא החמירו אלא כששכחו או בגוונא דשכחה מצוי'. דבזה קנסו שוגג אטו מזיד כמבואר בתשו' הגאון מהרע"א זצוק"ל [בסוף סי' כ"ג] הנ"ל וחולק בזה על הפמ"א [ח"ב סי' קס"ג] דעיקר טעמא שמיקל בזה באנוס על הביעור או בשכח משום דבדרבנן לא קנסו שוגג אטו מזיד. אבל בנידון זה שנתחלף להמוכר החדש בישן. שזהו לא שכיח כלל. ועיין יבמות [דף נ"א ע"ב] דבכה"ג גבי כתב סופר גט לאיש וכו'. מקשינן שם ואמאי. נימא מאי הוי לה למיעבד. וגם תירוצא דש"ס שם ל"ש כל כך גבי המוכר שנתחלף לו ברגע קטן החדש בישן וליתא לשטר מכירה בידו ולא הו"ל לאסוקי אדעתי' [לקרוא את השטר מכירה] בערב פסח בזמנו בחול. וכיון שהוא מילתא דל"ש כלל כבר מבואר הדבר בגיטין [דף נ"ד ע"ב] אמר רבא חזקה אין אדם אוסר את כרמו בנטיעה אחת יעו"ש בפרש"י ד"ה אין דכיון שהוא ל"ש לא קנסו. ועוד נראה דאפי' כשכתב לו שטר מכירה ושכח להשלימו כפי ההלכה עפ"י חוקי דת תוה"ק אע"ג דזה שכיח אפ"ה גם להמחמירים יש להקל שהם לא החמירו אלא היכא ששכחו למוכרו לגמרי. אבל כשנתעסק בו למוכרו ולא השלי' חוקו ע"פ דת חוקי תוה"ק גם המחמירי' מודים שהרי טעם של המחמירים משום דבזה שתחילתו נכנס בגררא דאורייתא טרם שבטלו. ומש"ה קנסו בזה גם שוגג אטו מזיד. אע"ג שנתגלגל עתה רק לאיסור דרבנן לחוד. ולדידן דפסקינן כר"י דלא קיים בדרבנן. וזהו היכא שכולו מתחילתו ועד סופו הוא איסור דרבנן לחוד כגון בביטול איסורין. אבל הכא מכל מקום מתחילתו היה דאורייתא וזהו תורף דבריהם, מ"מ לא עדיפא כה"ג אליבא דידן דפסקינן כר"י ממאי דס"ל לר"מ שם דעיקר קנסא הוא רק בדרבנן יעו"ש בגיטין [דף נ"ג ע"ב], ועיי"ש עוד בדף נ"ד ע"א דמקשינן על ר"מ משילם חולין טמאין ומשני הכי השתא התם גברא לשלומי קא מכוין אבל ניקום ונקנסיה. הרי אע"ג שלא השלים אוקי התשלומין אפ"ה לא קנסינן שוגג אטו מזיד. וה"ה נמי כשמכר חמצו ונתעסק למוכרו כדי לקיים חוקי חז"ל אע"ג שבשוגג לא השלים כדינו מ"מ אין לקונסו בזה שוגג א"מ. וזה ברור ונכון. ישים מעכ"ת עיונו בספר פמ"א ח"ב [סי' קס"ג] דעיקר טעמו דבדרבנן לא קנסו שוגג אטו מזיד כמו בביטול איסורין בשוגג דמותרין אפי' למבטל עצמו:

כל זה כתבתי להלכה. אבל למעשה טוב לצאת ידי כל הדעות ורק להתיר בתיקון ע"י תערובות ברוב ובהנאה. כאשר גם הגאון מוהרע"א זצוק"ל המחמיר בזה בתשובותיו. מ"מ היקל בעצמו ע"י תערובות ברוב ובהנאה (בספרו דרוש וחדוש בסופו דף ג' ע"ב). ובזה יש להקל בפשיטות במקום הפסד מרובה בלחוד, ובהפס"מ לעת צורך גדול יש לסמוך על דברי התורת השלמים ותשו' פמ"א ועל ההיתרים שכתבנו למעלה:

בהגם כי לדינא בנידון דידן כבר גליתי דעתי איברא כדי להתלמד במקום אחר אציגה פה ממה שהרהרתי בזה.

ועיקר הדבר הם בשכירות קרקע א"י מישראל אם קנה בכסף לחוד ואפי' במקצת דמי השכירות, נראה ברור דמהני. דגם דמדברי הסמ"ע [סימן קצ"ד סק"ה] משמע דבעינן כל הדמים. זהו בישראל מא"י שעיקר הדבר גבי מכר משום דלא סמכ' דעתו [וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מהלכות זכי'] מש"ה יש מקום לומר דגבי שכירות בעינן מיהת כל הדמים. אבל בא"י מישראל דלא מהני גבי מכר הוא מטעמא אחרינא. [וכמ"ש הרב המגיד בפ"א מהלכות מכירה ה' י"ז יעו"ש], אזי יש לומר דזהו דווקא גבי מכירה שהוא לצמיתות חששו לזה. אבל לא בשכירות שהוא לזמן. מפני שכל המחזיק באלמות מסתמא לצמיתות הוא מחזיק ולא בתורת שכירות. ועוד שהרי שכירות אין משתלמת אלא לבסוף [ואינו נאמן לומר פרעתי כמבואר בש"ע ח"מ סי' ש"ז ס"א] ויכול לומר בתוך כך אל תפרעני אלא בפני פו"פ. והכא איירי בע"כ בא"י דלייט לדינא דישראל כמובן מעצמו. משא"כ במכר שיפסידו לישראל לגמרי שיאמר קניתי ופרעתי ויפסיד השדה והדמים. וכ"מ מטור יו"ד ומש"ע שם [סי' ש"כ סעי' ה"ו] וז"ל והקנין יהיה שיקבל פרוטה מהעכו"ם ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם והמקום יקנה לו חלק בהם. משמע להדיא דאפי' בלא שטר קונה א"י בשכירות קרקע מישראל אע"ג דהמחבר הש"ע סתם בח"מ [סי' קצ"ד] כדעת הרמב"ם גבי מכירה. אבל גבי שכירות קונה א"י מישראל אפי' במקצת דמים בלא שטר:

עתה אשיב על דברי מעכ"ת. מ"ש כבודו דזוקפין עליו במלוה הוא דווקא בשטר או בפני עדים. מסתימות הש"ס והפוסקים לא משמע כן. הגם דלכאורה היה נראה קצת מצד הסברא לומר כן דכיון דטעמא משום סמכא דעתא. אזי בעינן שטר דווקא. אכן מדנקט הש"ס כיצד כותב לו. אני פלוני בן פלוני מכרתי וכו' ונתן לו מהם מאתים זוז והריני נושה בו ח' מאות זוז [ועיין בר"ן כתובות פ' מי שהי' נשוי (דף צ"ב) גבי ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפן עליו במלוה] והרי התם המוכר נותן השטר ללוקח. וגם משמע שהוא רק בכת"י דמוכר ואין עדים חתומים בו. שהרי בשטר מכר בעדים כתוב בלישנא דסהדי ולא בלשון המוכר כמבואר בר"ן גיטין פרק המגרש:

גם מ"ש מעלתו דכיון שנתנו השטר בפני הא"י לא סמכא דעתא אלא על השטר לא נ"ל כן. דמסתמא הא"י יודע שהוא רק להערמה בעלמא כדי להפקיע איסורו וכסבור שדינא דישראל הוא כן שאינו מפקיע מידי איסור. חמץ רק כשכותב לו לראי' על גוף החמץ. ועוד דאולי רק ליפוי כח כותב לו השטר. [ומבואר בנמוקי יוסף מס' ב"ב פ' יש נוחלין ובכל הפוסקים שם דגבי מש"מ אין שטר כזה מגרע נותנת שכ"מ דמהני באמירה בעלמא. ול"א בשטר כזה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה]:

גם מ"ש כ"ת בשם הסמ"ע [סי' קנ"א סק"ז] דגם בשטר ראי' קונה בהדי כסף. לא דק מעלתו בזה. הגם דלשונו הכי משמע

הלא

קנין. אבל לקושטא הלא הדבר מבואר היטב בר"ן פ"ק דקידושין [דף כ"ו] יעו"ש שכתב דגבי שטר ראי' קונה למפרע. והא דמבואר בש"ס ב"ב [דף נ"ד ע"ב] דנכסי עכו"ם הרי הם כהפקר. איירי במקום שכותבין שטר קנין. אבל במקום שכותבין שטר ראי' אכתי גם השתא לאחר שהחזיק בו אחר. יכתוב לו ש"ר ויקנהו למפרע יעו"ש, ואף דהר"ן בקידושין הנ"ל כתב דשטרי דידן שטרי קנין הם וקונין בהם. זהו דווקא כתיקון שטר דידן כמ"ש הר"ן. והכוונה שכתוב בו לעדות ולזכות ולראי'. דלישנא דזכות משמע תורת קנין. וכמ"ש בזית רענן חלק ראשון סוף חלק א"ח דף ל"א ע"ד ד"ה ובעיקר השאלה וכו' [עוד כתבתי שם עפ"י דברי תוס' קידושין י"ד ע"ב], יעו"ש. ומשה"ע גם בנידון דידן אילו בא לפני טרם שקנה החמץ בחזרה מן הא"י הייתי אומר שגם עתה במוצאי פסח תחתום המוכרת על השטר מכירה זה משנה הזאת ותקנה למפרע או לכתוב מחדש שטר מכירה בלישנא דראי' בעלמא כמו שנוהגים בכל שטר מכירה של חמץ שכתוב בלישנא דהודאה לחוד ואין כותבין בתוכו לעדות ולזכות דזהו בוודאי רק לראי' בעלמא:

ג **והנה** שמוע שמעתי שרב אחד שאל לעצמו הוראה זו ששמע ממני וכתבה בשמו לש"ב הגאון מוהרי"א ז"ל אבד"ק לוטשטין. והשיג ע"ז מדברי הר"ן בקידושין הנ"ל דשטרי דידן שטרי קנין הם. והוא מפני שכבר שכח השואל את אשר חלקתי בזה. וכמו שכתבתי למעלה. וגם השיג משום שכבר עבר בפסח על ב"י וב"י משום הואיל דאי בעי לא יחתום. ולא דיבר נכונה בזה. [וכמו שהרגישו בזה כמה רבנים מופלגים ומאוה"ג מתלמידיי שיחיו אשר ראו זאת בש' ז"ר. ולאו בספרו ד"ח מה שהשיג על זה] דהואיל לא רק אחמץ גופיה משום דכתיב ביה לא ימצא שלא יהא לישראל שום צד מציאות כגון בקבלת אחריות דאע"ג דבכל התורה אמרינן דבר הגורם לממון לאו כמ"ד. אבל גבי חמץ עבר בב"י. אבל הכא לגבי החמץ ליכא משום הואיל שהרי מכורה וקנויה לו בלא שטר רק מפני קבלת אחריות שבו כמ"ש בעל מק"ח [בסי' ת"מ סק"ג ובסי' תמ"ח] דהוי כאחריות אלם שהרי אם יגנוב או יאבד לא ישלם לו מאומה בדיניהם מפני שמחזיקים אותו להערמ' בעלמא. והוי כמו חמצו של א"י בביתו של ישראל ובאחריותו של ישראל ומשה"ע צריך להקנות לו הקרקע דאז לא איכפת לן באחריותו מפני דהוי כחמצו של א"י בביתו של א"י וממילא דתורתו של הואיל בנידון זה הוא רק על הקרקע דהוצרך לשטרו רק שהחמץ יוגרר ממילא בזה אחר הקרקע ובדבר שאינו חמץ לא מהני מידי לאוקמי ברשותו משום תורתו של הואיל. ועוד יש להשיב בזה. כמובן לאיש נבון כמוהו:

ד **ולברר** הדברים היטב עיין במק"ח [סי' תמ"ח] בדינו של רדב"ז גבי מתנה ע"מ להחזיר דעובר בב"י משום ספק קנין דאולי לא יחזיר לו וממילא שהוא שלו כמ"ש הט"ז [בס"ס תמ"א] דספק קנין עדיפא מקבלת אחריות. ולפע"ד נראה ברור דהיכא דנתקיים התנאי והחזירו לידו דמותר בהנאה. וממקומו מוכרע שהרי התם בישראל שהלוה לא"י על חמצו והתנה מעכשיו דשם כתב הט"ז וחידש דעובר בפסח מצד ספק קנין. ואפ"ה מילתא דפשיטא הוא היכא דפדאו הא"י דמותר בהנאה משום דהוי חמצו של א"י. ול"א הרי כבר נאסר משום שעבר עליו המלוה הישראל בב"י. וכן מצאתי בד"מ [סי' ע"ג] שתמה על הט"ז בזה. ברם לקושטא דברי הט"ז נכונים שכל סוגי התורה הם בקוטב זה. דאזלינן בתר מקומו ושעתו. הגע בעצמך בנודר או בנזיר טרם שנשאל לחכם מלקין ליה ומענשים אותו כדינים. ואם הלך אח"כ ושאל על נדרו אע"ג דעוקר למפרע היש שום מיחוש שנעשה חוק עול בדינים. ואפי' אם מת מחמת המלקות הכי ס"ד שיש על הב"ד שום דבר אשמה. ואפי' כשוגג ואונס לא הוי. והטעם שכן נצטוינו מאת הש"י לילך בב"ד אחר מקומו ושעתו. ולא לחקור אחר עתידות. וה"ה בנידון זה שעבר על ב"י משום ספיקא. זהו בפסח שעודנו בספיקא אבל כשפדאו איגלאי מילתא למפרע שהוא של הא"י לגמרי ונתברר למפרע דלא עבר עליו. וה"ה נמי במתנה ע"מ להחזיר כשהחזירו איגלאי למפרע דלא עבר עליו ומותר בהנאה. איברא בקיבל אחריות או גבי הואיל אע"ג דנתברר שלא נגנב ולא נשאל עליו אפ"ה עובר עליו. ונאסר גם לאחר הפסח. דמשום קבלת אחריות נקראים בשם בעלים גבי חמץ. דמ"מ הוי גורם לממון שע"י גילוי ממונו. וכן גבי הואיל אע"ג שנסתלק אח"כ ההואיל לגמרי. וראיה מדברי הר"ן פסחים [דף ל"א] שהקשה דהאי אמרינן דא"י שהלוה לישראל ע"ח דמותר לאחה"פ הלא יאסור מטעם הואיל דבידו לפדותו. דמ"מ נקראו בשם בעלים גבי חמץ לעבור בב"י משום הואיל או משום קבלת אחריות דגבי חמץ אמרינן דבר הגורם לממון כמ"ד:

ועיין במק"ח [ס"ס תמ"א] דמסיק שם כמג"א שחולק על הט"ז משום דיכול הישראל לומר הריני כאילו התקבלתי. או למחול התנאי יעו"ש. ולכאורה קשה דאכתי יעבור בב"י משום הואיל דאי בעי לא ימחול ולא יאמר הריני כאילו התקבלתי. דהא אמרינן הואיל היכא דמחוסר מעשה. מכל שכן על העדר מעשה. אכן לקושטא ניחא דלא אמרינן הואיל אלא היכא שאח"כ יהיה שלו לגמרי כגון לאחר שנשאל על הקדישו שיהיה שלו לכל דבר. משא"כ הכא שגם אם לא ימחול התנאי מ"מ לא יהיה שלו לגמרי רק משום ספק קנין:

והא לא קשיא [לדעת הרדב"ז] דגם במתנה ע"מ להחזיר מדוע יעבור בתוך הפסח הרי יכול לומר הריני כאילו התקבלתי. דשאני ע"מ להחזיר דהתנאי הוא שיקנה בקנין דוקא לידו כמ"ש הרא"ש סוכה פרק לולב הגזול [סימן ל'] וראייתו מהא דלא ליקני איניש לוליבא לינוקא ביומא טבא קמא. ועיין בכל זה:

ירח אייר שנת תרט"ו לפ"ק קוטנא יע"א.

דברי ידיד נפשו דוש"ת. הק' **משה יהודה ליב**

סימן ט

בדיני חמץ

א **עיון** פסחים [דף כ"ט] באוכל חמץ של הקדש במועד דפליגי אם מעל. ומוקים ליה ר"י דפליגי בפודין את הקדשים להאכילן לכלבים. ועיין בתוס' שם ד"ה אין פודין וכו'. ותירץ ר"י דהכי קאמר אין פודין מדרבנן, ואין לתמוה אטו משום חששא דרבנן נפקיע מעילה מדאורייתא דכיון דאמרי רבנן אין פודין לא שוי' מידי עכ"ל. ולכאורה דבריהם סותרין א"ע שבפרק השוכר את הפועל [דף ס"ג] ד"ה והא מיחסרא, דהתם פשיטא להו דאזלינן בתר דינא דאורייתא לענין מעילה. ודבריהם דהתם ודהכא שניהם מוכרחים מפשטות השמועה, וא"ל דדבר התלוי בשויי' שאני, דליתא דמידי טעמא אלא משום דהפקר ב"ד הפקר, בגיטין [דף ל"ו]. והרי לתירוצם הראשון בסוף פרק המפקיד סד"ה מאי איריא גם בקנין מעות עקרוהו לגמרי וגם המוכר אין לו קנין במעות המקח. וכל שעניהם שוין המוכר והלוקח שעניהם לא קנו הוא ג"כ ממטרת עוזה משום הפקר ב"ד הפקר [כמ"ש בשם הריטב"א לקמן בדיני מעות קונות]. רק דאפ"ל דאחר שחילקו התם בפ' השוכר את הפועל דין מעילה מאתנן משום דבמעילה חייל הדרבנן בשעה שמנגד לדאורייתא. משא"כ באתנן. כאשר כתבנו כמה פעמים בזי"ר ח"ר. [ועיי"ש בחלק אה"ע ה"ה סימן ה'. ומה שנשמט משם ימצא המעיין כתוב בסוף זה החיבור בהשמטות] וא"כ י"ל דבין במעילה דחמץ של הקדש במועד ובין במעילה דנתנה לסיטון דבתרווייהו משום תקנתא דרבנן דיש לדון בהם דהתם משום הפקעת קנין מעות דאורייתא והכא משום תקנתא דאין פודין דבשניהם לא אתינן משום כחא דהפקירא שהרי בהפקעות קניניס לא צריך לבוא לכלל זה [כמ"ש לקמן בחלק ח"מ בדיני מעות קונות באות ב']. וכן באין פודין דגזרו בקדושת בדק הבית אטו קה"ג שהרי מצינו כמה איסורין וגזירה דרבנן ואין בהם שום התקשרות לסוגי דהפקירא רק דגבי נתנו לסיטון דמעל הוא משום דדרבנן לא חייל טרם שמנגד לדאורייתא וכיון דתרווייהו בהדי הדדי קא אתיין אזלינן בתר דאורייתא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים [עיין תמורה דף כ"ה ע"א] משא"כ לענין אין פודין את הקדשים דחייל איסורא דרבנן תיכף לאחר שהקדישו. וגם אין הנדון מכריח שיתגלגל בוודאי לענין מעילה דאורייתא וכיון שכבר חייל הדרבנן תו לא נפקע כאשר הוכחנו בחלק ראשון:

איברא כתבנו שם דכ"ז שפיר במקום שב ואל תעשה אבל במקום קום ועשה אפי' כשחייל הדרבנן טרם שהגיע לדאורייתא אפ"ה

פ"ה אין כח בידם לעקור בקום ועשה כדמוכח מכמה דוכתי. ועיין יבמות [ד' נ'] והא הכא דמדאורייי' וכו' וכן בריש פסחים [ד' ז'] וברש"י שם כשקידשה באיסורי הנאה דרבנן אי לאו משום דכל דמקדש וכו' לא היו בידם לעקור בקום ועשה או היכא דאית ביה משום הפקירא, אבל במקום דליתא להאי ולהאי לכ"ע אין כח בידם במקום קום ועשה. וכבר כתבנו בשם תוס' ב"ק [ע"ש] דלענין מעילה אם ע"י דרבנן יפמרהו ממעילה הוי ג"כ כקום ועשה. ודוחק לומר דאין פודין הוא משום הפקר ב"ד הפקר. והפקעת קנין מעות לא הזקיקו משום זה רק משום טעמא דכתבנו בדיני מעות קונות דליתא דלא מלינו כלל למידה זו דהפקירא רק בנכסי הדיוט אבל לא בשל גבוה. וגם המקראות דלמדין ממנו בגיטין הם בנכסי הדיוט לחוד:

אבן לקושטא דמילתא הדברים נכונים דלענין אין פודין כיון דחייל איסורא דרבנן טרם שהגיע לדבר דאורייתא. הזי דמי לאתנן הנ"ל דאזלינן בתר דרבנן שכבר חייל ותו לא קשה ולא מידי. שהרי דמי לקום ועשה דמידי טעמא דהוי כקום ועשה משום מעילה שיהנה חבירו אח"כ הוא. כיון דמדאורייתא מעל הראשון כבר נפטר השני מקרבן ולבתר תקנתא דרבנן דלא מעל הרי השני יתחייב בקרבן ויביא חולין לעזרה. אכן כן הוא במעילה שע"י הנאה או ע"י הוצאה הוא דמחייבינן ליה הרי משכחת ביה דהדר אתיא לידי קום ועשה. אבל הכא דקתני האוכל חמץ של הקדש משום אכילה הוא דימעול אזי פטרי רבנן שפיר משום דאין פודין דבשב ואל תעשה יש בידם לפוטרו דהרי בשעתו הוא בשב ואל תעשה ושוב לא יבוא לעולם לידי קום ועשה:

ב **ובזה** יתורץ לו ברווחא דלמה ליה לתנא לנקוטי מלתא באוכל חמץ של הקדש במועד, הכי אין מעילה אלא ע"י אכילה. הא כמה עניני מעילה יש בנהנה ואעפ"י שלא הגביהו והוליאו או בהגביהו והוליאו אעפ"י שלא נהנה ולא חיסרו רק ע"י הגבהה הוא דווקא היכא דקסבר שמל חבירו הוא או של הפקר. עיין ב"ק [דף כ'] בתוס' ד"ה נהנה לחבירו, קידושין [דף נ"ה] בד"ה אין מועיל ור"ן נדרים [דף ל"ד] ד"ה אמר רבא וכו' יעו"ש. והיכא דקסבר דשלו הוא אזי לא מעל עד שאכלו או נהנה ממנו ובשלמא לאוקימתא ראשונה דפליגי בר' נחוניא בן הקנה ניחא דקתני אוכל דווקא. אבל לאידך אוקימתא התם ה"ל למתני בכתמא. ולהנ"ל ניחא שפיר כיון דלכולהו אוקימתא דהתם לריכין לבוא לטעמא דאין פודין. רק דלאוקימתא דר"י פליגי בזה ולאידך אוקימתא כ"ע אית להו דאין פודין וכיון דאין פודין מדרבנן הוא. מש"ה נקט ליה באוכל דווקא דאז לא יבוא לכלל קום ועשה. אבל בשאר עניני מעילה דאפשר לבוא לידי קום ועשה אזי אי אפשר להפקיע חיובו משום דאין פודין ומשו"ה נקט ליה באוכל דווקא וקסבר שהוא שלו. דאל"כ כיון דכבר מעל בשעה שהגביה דאז הוי כקום ועשה תו לא נפקע, והדברים נכונים וברורים למעיין:

ג **שם** רב יוסף אמר בפודין את הקדשים. וז"ל רש"י שם אי הוה סבירי להך תנאי כר"ש דאמר תוך זמנו אסור בהנאה דכ"ע מודי דפטור ולא מעל הואיל והשתא מיהא לא חזי לאו ממונא הוא ואע"ג דסופו גורם הוא לממון לאחר הפסח. אלא אליבא דר"י הגלילי פליגי דאמר תוך זמנו נמי שרי בהנאה ובפודין הקדשות וכו' קא מיפלגי מאן דאמר מעל סבר דראוי היה באותה שעה לפדות וכו' ובר דמים הוא ודר' נחוניא לית לן עכ"ל:

ודברי רש"י תמוהין שהרי גם לר"ש ניחא דאע"ג דאסור בהנאה מ"מ מעל שהרי א"י יכולים לפדותו. וכבר עמד בזה במהרש"א ותירולו דחוק יעו"ש. ובפרט דלקמן גרס באוקימתא דרב אשי דכ"ע אין פודין את הקדשים וכו' אלמא דאם פודין אפי' לרבנן דקא סברי כר"ש דאסור בהנאה ואפ"ה מעל:

ונראה דרש"י לשיטתו הוא שהכריחו לפרש כן דס"ל בב"מ [דף מ"ו ע"ב] בד"ה מאי טעמא דרב נחמן וכו' וז"ל כדאשכחן גבי קונה מן ההקדש שאמרה תורה ונתן הכסף וקם לו. אלמא דהקדש והדיוט שוין בזה ובבכורות [דף י"ג] אמרינן דלעמיתך בחדא ולעכו"ם בחדא לבד מרב אשי דס"ל דלעמיתך ולעכו"ם בחדא עיין במס' ע"ז [דף ע"א] וב"מ [דף מ"ח] בתוס' ד"ה נתנה לסיטון מעל וכו' וה"ר חיים מפרש דלא קשה לא מקידושין ולא מעכו"ם וכו' יעו"ש. ולפ"ז לכולהו אמוראי אי אפשר שיפדו אחרים את ההקדש דע"י משיכה אי אפשר דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא. ומאי נפקותא איכא בפודין כיון דאי אפשר שאחרים יפדו את ההקדש דבמאי ילא לחולין. ולעמיתך הרי אסור בהנאה. ולכן לריך לפרש דאליבא דר' יוסי הגלילי קאי דמותר בהנאה. ואיפשר לפדותו לעמיתך להסיקו תחת תבשילו. אבל לרב אשי דס"ל דלעמיתך ולעובד כוכבים בחדא. אזי גם לרבנן דר' יוסי הגלילי איפשר שיפדו א"י את ההקדש ע"י חילול כדכתיב ונתן הכסף וקם לו:

סימן י

בדיני חמץ

בדיני האוכל תרומת חמץ בפסח, עיין פסחים דף ל"ב ודף כ"ט בתוס' ד"ה מאן יש אומרים, ובד"ה אין פודין, ובפירוש המשניות לרמב"ם:

א **הקושיות** בסוגיא זו, א] כל הרואה ישתומם ע"ד פירוש המשניות דממנ"פ למאן דאית ליה לפי דמים משלם. הרי בע"כ צ"ל דאתיא כר"י הגלילי דמותר בהנאה. ולפירושו בדמי עלים היינו טעמא משום דאסור בהנאה. ועוד דגם לדמי עלים מספיק לפוטרו משום דאין לוקה ומשלם. ולמ"ד לפי מידה משלם תו א"ל לפוטרו משום קים ליה בדרבה מיניה דבלא זה פטור כמש"כ בעלמו על דמי עלים. וגם מדוע שינה טעמו מרישא לסיפא דבחד מנייהו סגי. וגם מדוע חידש לאוקמי בכהאי גוונא שלא נמלא בכל הסוגיא משום דאין לוקה ומשלם. ב] קושית המפרשים ע"ד תוס' [דף כ"ט] בד"ה מאן י"א, וז"ל, ותדע דהא מאן דלא יליף אסון אסון וכו', שהרי נוכל לומר דרבא מוקים למתני' כמאן דאית ליה לפ"מ משלם. ג] קושי' דרוש וחדוש [אות כ"ג במערכה ה'] לדעת הרמב"ן שהביא שם דפליג על הרז"ה דס"ל כדעת תוס' בזה דשגגת כרת פוטר לר' נחוניא בה"ק, רק בתרומה וכן בהקדש כיון דגלי קרא בשגגה דידהו דמחוייבים לשלם אע"ג שמחוייבין מיתה משלמין משום כפרה, הוא הדין נמי שגגת חמץ איננו פוטרו, רק במזיד הוא דפטרינן ליה באוכל חמץ של הקדש במועד, וכן באוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג מחוייב לשלם מהאי טעמא נמי כיון דגלי גלי. אבל בהזיד בא' מהן פטור משום דק"ל ב"מ. והקשה עליו הרמב"ן דהא תינח לאביי, אבל לרבא דמיתה בידי שמים אינו פוטר לרנבה"ק, תו לא שייך לומר הטעם משום כיון דגלי גלי. וקשיא לדידיה אמאי ישלם לדידיה בשוגג בתרומת חמץ בפסח, אלא היינו טעמא דאע"ג דחייבי מיתות שוגגין פטורין, אבל חייבי כריתות שוגגין אינן פוטרין דגבי חייבי כריתות לא מקשינן שוגג למזיד. והקשה דלשיטתו, דאוקימתא זו אתיא גם לרבא דמיתה בי"ש אינו פוטר, ומזיד דמתניתין שם איירי בהזיד בחמץ. וקשיא לדידיה לינקוט בחמץ דעלמא לחוד, ולא בהדי תרומה, וכמש"כ רש"י בד"ה כר' נחוניא בה"ק. גם קשיא לשיטתו קושיא ב' הנ"ל. ד] למאי דאיתא בתוס' (דף כ"ח ע"ב] בד"ה ר"ש משמע להדיא דאפי' לר"י הגלילי לא חזיא בפסח רק להסיקו תחת תבשילו ולא למוכרו או לשאר הנאות, דתשביתו משמע שלא כדרך הנאתו, וכן משמע גם מאחרי פוסקים, וכן מסיק ג"כ במקור חיים [בסי' תל"א בדין בדיקה וביטול], ובסוגיא זו משמע להדיא להיפוך. דמקשה אי ר"י הגלילי אמאי פטור מתשלומים ומדמי עלים, ומדלא נקט סתמא משמע דמקשה ג"כ דלשלם תשלומין מעליא, והרי עיקרו לא חזיא אלא להסקה. ה] לכאורה קשיא דמאי מקשה לאביי דאית ליה לפי דמים משלם, הא חמץ בפסח לאו בר דמים הוא. שהרי לתירוצא השני לעיל דף כ"ט בד"ה אין פודין, דהא דאין מקדשין באיסורי הנאה, היינו היכא שאין בעפרן שוה פרוטה. ואנן פסקינן לקמן כרבנן דאבא שאול דהאוכל תרומה כזית שאין בו שוה פרוטה דלריך לשלם קרן וחומש אפי' למ"ד לפד"מ משלם. שהרי הרמב"ם [בפרק י' מה' תרומות הלכה ו'] פוסק לפי דמים משלם כר' עקיבא, ופוסק ג"כ כרבנן דאבא שאול [בהלכה ב'], ומשום האי טעמא גם בתרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש, דמ"מ יש בו פחות משוה פרוטה לעפרן, ומשו"ה משלם קו"ח בשוגג משום דתשלומין הן לכפרה, אבל במזיד פטור, דתשלומין הן מלד הדין ואין בהן שוה פרוטה. רק דיש לומר דא"כ אמאי נקט בפסח כלל

דכל כהאי גוונא איתא ג"כ בתרומה דעלמא שאין בו שו"פ, דבשוגג משלם משום כפרה משא"כ במזיד :

ולפי"ז קשיא להיפוך, דמאי קאמר אי אמרת בשלמא לפי מדה משלם שפיר, שהרי גם אם נאמר כן ג"כ קשיא, דלמה ליה לינקוט בחמץ כלל, דבכה"ג איתא נמי בתרומה בכל השנה כשאין בו שו"פ, והוה ליה למיתני האוכל תרומה שאין בו שו"פ בשוגג משלם קו"ח ובמזיד פטור. ו] קושית העולם, לתירוצם השני [בתוס' הנ"ל דף כ"ט], דמ"מ יש בעפרן שיווי פחות משו"פ, ובכתובות [דף ל' ע"ב] בד"ה לא צריכא דהיכא דחסרו פחות משו"פ צריך לשלם בעד כל הנאה שנהנה. וא"כ מאי קשיא ליה להגמרא אלא אי אמרת לפי דמים משלם חמץ בפסח בר דמים הוא, דמ"מ הרי מחסרו פחות משו"פ, דהיינו שיווי העפר וכיון שהוא נהנה בכולה צריך לשלם דמים מעליא. ואמאי הוצרך לאוקמי כר"י הגלילי. ובמזיד הוא דפטור משום דר' נחוניא בה"ק :

ולי נראה דלא צריך גם לרנבה"ק, דבשלמא בשוגג משלם ככל הנאות, ואע"ג דחמץ אסור בהנאה והיאך רשאי אידך לשקול דמי איסור הנאה, אע"ג שאין תופסין דמיהן מ"מ אסורין. לא מיבעיא לדעת רש"י בחולין [דף ד' ע"ב] דס"ל דלמחליף עצמו אסורין, אלא אפי' לדעת התוס' מ"מ אינו רשאי לקבל חליפתן דהוי כמכרו לו, [ועיין במס' ע"ז דף כ"ט ע"ב אמר ר"א וכו' אע"ג דלזבוני אסור וכו'. התם שאני דנאסר ע"י בהנאה משא"כ היכא שכבר נאסר בהנאה] ועד כאן לא כתבו התוס' דצריך לשלם כל הנאתו, אלא באיסורי אכילה לאוכל כגון בזר שאכל תרומה, וכן בשחרוריתא דאשייתא, אבל היכא שאסורין בהנאה לבעלים אע"ג שאינו תופס דמיו. נראה מצד הסברא דאינו רשאי ליקח דמיהן, אפ"ה היכא שאכל תרומה בשוגג, דתשלומין לכפרה באין לכפר על שגגתו משלם לכהן אחר אע"פ שלא היה שלו, אבל במזיד שעיקרו רק מדינא לשלם לבעלים, והבעלים אינם רשאים ליקח. איברא זה אינו, דמ"מ צריכין לרנבה"ק כנגד דמי עצים, וכמו שיתבאר לקמן :

ב **ובעיקר** הקושיות נראה לפענ"ד דדווקא היכא שנהנה האוכל במה שחסר לחבירו, כגון היכא דמלי לאהדורי ע"י הדחק, שבאוכל זה עצמו שחיסר לחבירו פחות משו"פ, הרי הוא נהנה באוכל זה עצמו בדמי כולו, וכן בשחרוריתא דאשייתא, אבל היכא דמאי שחיסרו לא נהנה, שעיקר החסר הוא בעפרן והוא אינו נהנה מעפרן רק מאוכל עצמו במה דחזי לאכילה ובזה לא חסרו הרי בעד האוכל עצמו אינו רשאי ליקח אף פחות משו"פ רק בעד עפרן, ונמצא דבמה שחסרו לא נהנה, ובמה שנהנה לא חסרו בעצמותו, רק גרם לו לחסרו שלא יבוא לכלל עפרן :

אמנם הא ניחא לרבנן, אבל לר"י הגלילי דרשאי להסיקו תחת תבשילו אע"ג שנהנה מיד בתחלת ביעורן כל זמן שהם בעין, כמ"ש תוס' להדיא במס' שבת [דף כ"ה ע"א] בד"ה הא בחול, עפ"י קושיא עצומה דהאוכלים ומשקים נהנה מיד מתחלת ביעורן ולא דמי לעצים. ועפי"ז מיושב קושיא ד', דלר"י הגלילי שפיר הקשה דלשלם דמי כולו אע"ג דלא חיסרו אלא פחות משו"פ שהרי נהנה מן החסרון עצמו. אבל מ"מ עדיין יש לומר דעיקרא דמילתא דכתיבנא דאינן רשאין ליקח דמי כולו, ואמאי דנהי לרבנן דאסור בהנאה, ג"כ הותר לו לקבל הדמים, הגם שחמץ אסור בהנאה מ"מ לא גרע מדמי יי"נ דהיכא דמשכו העכו"ם ומכרו לאחרים דליתא ברשותו מותר לקבל דמים לכ"ע [עיין י"ד ריש סי' קל"ב בש"ך ס"ק ג'] :

אבל מסתברא מילתא דכיון שכבר עבר הכהן על חמץ זה ועבר עליה בבל יראה. ובמאי דאכלו אידך עדיין לא ניתקו לעשה דתשביתו [רק למ"ד דביטלו ול"ב]. ובנידון זה שלא ביטלו לעשה בידים כיון דאגוס הוא בקיום העשה. אבל מ"מ היאך יקבל לדמי חמץ ויהנה ממנו כדרך הנאתו בחמץ זה שעדיין לא קיים מלות עשה דהשבתה לדעת רוב הפוסקים [זולת לדעת הבעה"מ ריש פסחים גבי היפי קרדוניתא דבאכילה עצמה מקיים לעשה, אבל כל הפוסקים חלוקים עליו בזה]. וכיון שכן מאי שנא בין נהנה מחמץ עצמו כדרך הנאתו או שמקבל דמיו כיון שעדיין לא קיים מ"ע דהשבתה, משא"כ ביי"נ שאין צריך להשביתו מן העולם, ואפי' בע"א עצמה, רק משום תקלה. ומעתה לפי"ז כיון שכן, דגם לרבנן אינו רשאי לקבל הדמים הוא רק משום מ"ע דתשביתו, א"כ לריה"ג נמי, דאע"ג דמותר בהנאה מ"מ היאך רשאי עדיין לקבל הדמים נגד עיקר כוונת המ"ע דתשביתו דמשמע רק שלא כדרך הנאתו :

ברם נראה דהכי קא קשיא ליה, אי ריה"ג, ואיירי בהזיד בחמץ ושגג בתרומה אמאי פטור מתשלומין ישלם דמים מעליא כיון שהתשלומין הם לכפרה, יתחייב לשלם מיהת לכהן אחר כמש"ל, ואי בהזיד בתרומה ישלם מיהת דמי עצים. וזה מדוקדק היטב בלשון הגמרא אמאי פטור מתשלומין ומדמי עצים, דממה נפשך קא קשיא ליה חדא, אי מתשלומין מעליא או מדמי עצים. ולפי"ז מיושב גם קושיא ג' הנ"ל על רמב"ן דס"ל חייבי כריתות שוגגין חייבין, דא"כ ליתני בחמץ דחבירו דשוגגין חייבין וכר"י הגלילי, ומזידין דפטורין כר' נחוניא בן הקנה, שהרי בחמץ של חבירו אפי' לר' יוסי הגלילי אינו רשאי לקבל תשלומין מעליא רק דמי עצים, כי היכי דלא ליעקר בידים נגד מצות עשה דתשביתו כשיקבל דמי כולו, שהרי עודנו נהנה כדרך הנאתו, וכל כמה דלא קיים לעשה דתשביתו אינו רשאי ליהנות ממנו כדרך הנאתו. אבל בתרומה דתשלומין דידיה משום כפרה, מחוייב ליתן לכהן אחר, כי היכי דליהוי ליה כפרה :

ג **ולפי"ז** יתיישבו דברי פירוש המשניות להרמב"ם, הנ"ל דעיקר דבריו הטבעו למאן דאית ליה לפי מדה משלם, שכן משמע פשטא דמתני' ולא נצטרך לאוקמי כר' יוסי הגלילי דסתם לעיל [במשנה דף כ"ח ע"א] דלא כוותיה, וכן כר' נחוניא בן הקנה, דאיתא להדיא בשבועות [דף ל"ג] במדליק גדישו של חבירו ביוה"כ דחייב בתשלומין, וכן במס' ב"ק [דף ע' ע"א ודף פ"ז ע"א], ובכתובות [דף כ"ט ע"א] פסקינן דלא כר' נחוניא בן הקנה, רק דקשיא ליה קושיא ה' הנ"ל, שגם אי אמרינן לפי מדה משלם גם כן קשיא, דאם כן לינקוט תרומה של כל ימות השנה, ושאין בו שוה פרוטה וכמש"ל, ומשום הכי מפרש ליה דהא דאיתא בגמ' אי אמרת בשלמא לפי מדה משלם שפיר, היינו משום דהכי מוקמינן ליה דמזיד דמתני' איירי בהזיד בחמץ ושגג בתרומה, ואע"ג דתשלומין דידיה משום כפרה מכל מקום פטור משום מלקות דחמץ, ועיקר הרבותא משום סיפא דפטור מדמי עצים. והכוונה דאפי' יש בעפרן שוה פרוטה אפי' הכי פטור. ולא אמרינן דיתחייב דהא כיון מעידן דאגבהיה קניא ליה לעפרן להתחייב באחריותן, ומלקות אינו חייב אלא עד דבלע שנהנה גרונו ומעיו, שהרי חמץ שאסור בהנאה מכל מקום רשאי ליהנות מעפרן, ולהכי הוצרך לאשמעינן דאע"ג דרשאי ליהנות מעפרן מכל מקום אין לו שום זכות בזה יותר מכולי עלמא, שהרי הן כהפקר כמבואר בריטב"א קידושין [דף נ"ו] גבי המקדש בערלה ודלא כדעת התוס' לעיל. אבל למאן דאית ליה לפי דמים משלם, ומוקמינן כר' יוסי הגלילי וכר' נחוניא בן הקנה. בע"כ צ"ל דאיירי בתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה, כמו בזר שאכל תרומה [פרק אלו נערות דף ל']. ומשום הכי הוא דמפרש ליה הרמב"ם למזיד משום מלקות, כי היכי דנוקים ליה אליבא דדינא. והא דלא מתרצינן ליה בגמ' משום חייבי מלקות, דהא כיון דלמאן דאמר לפי דמים משלם צריכין לומר דאתיא כר' יוסי הגלילי. וממילא דצריכין לומר דדמי עצים דסיפא לא אתיא ליה לפוטרו על שעת הגבהה, כיון דמותר בהנאה אמאי לא יתחייב על שעת הגבהה, אלא בע"כ צ"ל דאיירי בתחב לו לתוך בית הבליעה [רק דדמי עצים דסיפא אתי לגלויי ארישא דבשוגג חייב בתשלומין גמורים, דאי לא תימא הכי היאך סלקא דעתא דבתרומה טמאה ישעלה חיובו מתרומה טהורה]. ואם כן למה ליה למינקט בתרומת חמץ, דהא גם בתרומה דעלמא פטור במזיד כשהתרה בו משום דאין לוקה ומשלם, אלא ודאי דאיירי בלא התראה, ואתי לאשמעינן רבותא דרישא כר' יוסי הגלילי, ודסיפא דמיתה בידי שמים גם כן פוטר, כמ"ש רש"י. ולדעת תוס' דסברי דכל היכא דאיתא משום תשלומי כפרה לא מפטר משום קים ליה בדרבה מיניה, ואם כן צריכין לומר דשוגג דרישא איירי בשגג בתרומה, ואפי' הזיד בחמץ מחוייב לשלם קרן וחומש, והזיד דסיפא לאביי אפי' כשהזיד בתרומה לחודא, ולרבא צ"ל דאיירי כשהזיד בשתיהן, שהרי ס"ל דאוקימתא זו אתיא אפי' לרבא [כמ"ש לעיל דף כ"ט בהוכחתם ותדע למאן דלא יליף אסון אסון]. וסברי ג"כ דחייבי כריתות שוגגין פטורין כמו גבי מיתות בית דין, ורבותא דרישא ידעינן דגבי תשלומי כפרה לא פטרינן ליה משום קים ליה בדר"מ, שהרי גם אי נימא דאיירי בשגג בשתיהן מ"מ ליפטור

משום

משום חיוב כרת דחמץ, שהרי לדידהו אין לחלק בחייבי כרת בין שוגג למזיד משום דכרת שלי כמיתות ב"ד שלהם דמי. אבל אם נימא דלא כר' נחוניא בן הקנה, רק דמזיד דסיפא משום דהתרה בו הוא, וריש' אמרינן בסתמא דאיירי בשגג בשתיהם. שהרי כל עיקר יסודם דהיכא דהתשלומין לכפרה לא אמרינן קים ליה בדר"מ, בנוי' על מתני' דאוכל תרומת חמץ בפסח דבלא זה אפשר לומר לרנבה"ק הטעם רק משום דגלי גלי, רק אם נימא דמזיד דמתני' הוא בלא התראה וכר' נחוניא בה"ק, בע"כ צ"ל הטעם משום תשלומין כפרה, אבל אם נימא דאיירי כשהתרו בו למלקות ודלא כרנבה"ק. לא נדע שום מקור ליסוד זה. ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דא"כ ליתני בתרומה דעלמא. או בחמץ לחוד דבשוגג משלם כר' יוסי הגלילי ובמזיד פטור משום חיוב מלקות, אבל הרמב"ם דפירש למתני' למאן דאית ליה לפי מדה משלם וחמץ בפסח אסור בהנאה, ועיקר הרבותא משום סיפא דאינו חייב לשלם על שעת הגבהה. וס"ל כרש"י דאין לחלק בין תשלומי כפרה לשאר תשלומין. ומזיד דסיפא איירי בהזיד בחמץ לחוד. ואע"ג דתשלומין דידיה משום כפרה אפי' הכי פטור משום קלב"מ. ותו לא קשה דלינקוט תרומה לחוד. דאכתי יתחייב לשלם על שעת הגבהה. וגם בחמץ לחוד לא משכחת לה דא"כ גם בשוגג פטור דלית ליה דמים:

ועיין ברש"י שם ד"ה כרנבה"ק שעיקר יסוד תירוצו דגמרא בנוי רק משום רבותא דרישא וסיפא הוא רק בתרומת חמץ בפסח. וביאור דברי קדשו הכי אזדא להו. דרבותא דרישא לאשמעינן דאיכא תנא דס"ל דחמץ בפסח בר דמים הוא. ורבותא דסיפא הוא. דגם מיתה בידי שמים לחוד פוטר. וזהו דוקא במזיד. אבל בשוגג כיון דלאו בר כרת ובר מיתה הוא כלל אינו פוטר. ולא דמי לחייבי מיתות ב"ד שגם בשוגג פטור כמזיד דשאני התם דאכתי לד חיוב מיתה מיסרך ביה רק דאנן לא מחייבינן ליה בידים [שהרי מלינו ברוצח שהלך מגבול עיר מקלטו שפטור עליו גואל הדם כשהרגו [כדאיתא מכות דף י' ע"ב וברמב"ם פ"ה מה' רוצח ושמירת נפש הלכה ט']. ואם נימא דלית ביה לד חיוב מיתה אמאי פטור אפי' מגלות. דאי תימא רק משום כי יחם לבבו לחוד. לא גרע משוגג דחייב גלות. וזהו מבואר להדיא בדבריו לעיל דף כ"ט בד"ה את יוה"כ כו' ועיי"ש. והדר רש"י לבאר זה. דאכתי קשיא. דאי עיקר רבותא דסיפא שגם מיתה בי"ש פוטר מתשלומין. אכתי מנא ליה. דלמא איירי כשהזיד גם בחמץ. וכדצריכין למימר לדעת תוס' אליבא דרבא. נשמע מזה להיפוך דדוקא חייבי כריתות פוטר מתשלומין ולא חייבי מיתה בי"ש. דאל"כ לינקוט תרומה לחוד. והשתא כד תימא הכי אזדא ליה ההוכחה שכתב רש"י בסוף הדבור דא"כ לאשמעינן כולה מתני' בחמץ חולין של חבירו דלהכי נקט בתרומת חמץ לאשמעינן דמיתה בי"ש אינו פוטר. לכן ביאר בהקדם. כיון דבע"כ צ"ל דשוגג דמתני' איירי כששגג בשתיהן [אפי' כדתימא דמיתה בי"ש אינו פוטר כדרבה. מ"מ קשיא דאי כשהזיד בתרומה ליכא חומש וכו'. וכיון דרישא איירי ששגג בשתיהן] אזי ממילא נשמע דמזיד דסיפא אפילו כשהזיד באחד מהם. ולא נשאר עוד לפקפק בזה. רק דדלמא בהזיד בחמץ לחוד. על זה הוכיח דבע"כ נדע דאיירי אפי' כשהזיד בתרומה לחוד. דאי לא תימא הכי לאשמעינן כולה מתני' בחמץ של חבירו. ובהיגנון זה כתבנו גם לדעת רמב"ם בפירוש המשניות לעיל. וצ"ל לדעת רש"י דמשום עשה דתשביתו לא נגרע כלל מכל לד חיוב ממון שעליו. כמו שכתבתי בס' זית רענן חלק ראשון בחלק אבן העזר [הלכה ד' סימן ג' אות ז'] ובזה הוא דפליגי רש"י ורמב"ן. ועיין לעיל [סוף אות ב']:

ד **ועל** קושיא ב' הנ"ל נראה. דלכאורה קשיא לכל רואה על קושית הגמרא דלמ"ד לפי דמים חמץ בפסח בר דמים הוא. דלמא איירי כשעדיין לא בא ליד כהן. וכר"י [דף מ"ו ע"ב] גבי חלה שהוא ביד ישראל. דאית ליה דאינו עובר בבל יראה ובמזיד פטור כרנבה"ק. וצ"ל דא"כ בתרומה דעלמא נמי אינו חייב אלא לצאת ידי שמים. כמ"ש תוס' חולין פרק הזרוע [דף ק"ל] בד"ה ואי בעית אימא. ולצאת י"ש גם ע"י קם ליה בדרבה מיניה לא מיפטר כדאי' להדיא בב"מ [דף נ"א] וכן מצאתי במפרשים שכתבו כן בפנ"י וצל"ח. אמנם הא תינח לרבא שם. אבל לאביי משמע שם בב"מ דאפי' לצאת י"ש אינו חייב היכא דקלב"מ. ושפיר נוכל לאוקמא כפשטא דאיירי בתרומה שעודנה לא בא ליד כהן. ומשום האי טעמא הוכיחו דתירוצא דגמרא דאתיא כר"י הגלילי. הוא גם לרבא. ועיין:

ובמק"א כתבנו בזה. לחזק את קושית הפנ"י. דלמא איירי המשנה בתרומה שלא בא ליד כהן. דהר"ן פ' הזרוע הקשה על שטת התוס' דסבירא להו דבמזיק מתנות כהונה או שאכלן חייב לצאת י"ש. והא דפטרינן ליה הוא רק מדיני אדם. דהא אף דאיתנהו בעינייהו אינו חייב רק לצאת י"ש. אלא וודאי דבאכלן פטור אפי' לצי"ש. וצריכין לומר לדעת התוס'. דאף דגם באיתנהו בעינייהו לא נחתינן לנכסי'. מ"מ מיכף כפינן ליה בגופו. כמו בסוכה ואינו עושה [כתובות פ"ו ע"א] אבל כשאכלן לא כפינן ליה כלל. רק מחוייב בעצמו לצי"ש. והכי נמי בשוגג דמחויב מחמת כפרה כפינן ליה בגופו. כשאמר להדיא שאינו רוצה להביא ולא ניחא ליה בכפרה. [וכמ"ש תוס' יבמות דף פ"ז ע"ב ד"ה ר"מ] אבל בסיפא דבמזיד דקים ליה בדרבה מיניה. פטור לגמרי מדיני אדם. ואין כופין אותו כלל [וכמש"כ בש"מ בב"מ דף צ"א תוך ד"ה בבא. דבקלב"מ אמרינן ליה זיל שלים. אבל אנן לא כפינן ליה], רק מחוייב בעצמו לצי"ש. ולדעת הר"ן דלא ניחא ליה בסברא זו כיון דסוף סוף לא נחתינן לנכסי' הרי הוא כמו לצי"ש. ואף שיש חילוק דין ביניהם לענין כפיי' בגופו. דהא גם הכפיי' הוא רק לקיים המצוה גם זה בכלל י"ש יחשב. ולדעתו קשה קושית הפנ"י ביותר. דלא צריך לאוקמא כרנבה"ק. רק דברישא משום כפרה חייב לצאת י"ש. ובסיפא פטור לגמרי. משום דהוי ממון שאין לו תובעין. ברם נוכל לתרץ קושית הפנ"י. כיון דלת"ק דאבא שאול ממעטינן מקרא דונתן לכהן את הקדש דאוכל תרומת חמץ בפסח פטור. לפי שצריכין התשלומין להיות דוגמת הנאכל אם ישלם דוגמתן בפסח. כדאיתא להדיא ברש"י בסוגיא בד"ה את הקדש ובתוס' ד"ה דבר. ולהכי אף אי מוקמינן ליה בתרומה שלא בא ליד כהן. והוא בר דמים. מכל מקום התשלומין בפסח לאו בר נתינה הוא. ובעל כרחך צריך לומר כאבא שאול [דאוקי לקרא ונתן לכהן את הקדש דבעינן שיהא בו שוה פרוטה כמ"ש בסוגיין ע"ב]. דהוא שלא כהלכתא. מוטב יותר לאוקמי דאיירי בכל גווני אף כשבא ליד כהן וכרבי יוסי הגלילי [וא"כ יעמוד קושיא [ב'] הנ"ל על התוס'. והארכנו בזה שם. ואכ"מ]:

סימן יא

בדיני כיסוי ביו"ט

עיין ביצה [דף ח'] בכל הסוגיא ובתוס' ואשר"י שם ובש"ע א"ח [סי' תצ"ח] ועיין [בדף ט'] בתוס' ד"ה אמר ר' יוחנן מוחלפת השיטה. ואמר ר"ת תמה אני על מה הצריכו העולם הכנה וכו' ע"ש מה שתמהו בתוס' ובפוסקים על תמיהתו. והנה בעל הט"ז [סי' תצ"ח ס"ק י"ב] יצא בראשונה ליישב דברי קדשו דמש"ה מתיר ר"ת לשחוט לכתחילה בלא דקר נעוץ דעשה דכיסוי דוחה ל"ת דיו"ט. ועיין בפ"י שתמה עליו דדיחוי לא שייך אלא היכא שכבר שחט. אבל לשחוט לכתחילה ה"ז כהיכא דאפשר לקיים שניהם יעו"ש:

ולענ"ד העיקר בזה כדעת הט"ז. שהרי עיקר הדבר דעשה דוחה ל"ת ילפינן מכלאים בציצית. והרי אפשר בבגד צמר. וגם בפשתן אפשר בקרן אחת עגולה דפטור מציצית [כמ"ש בא"ח סי' י' סעי' ה'] אלא כיון דרצונו בפשתן ובקרנות מרובעות. ומן התורה לא הוזהר בזה. שוב הוי כאי אפשר. ועיין בתוס' כתובות [ד' ע' ע"א] בד"ה כגון שכתבו כן להדיא ע"ש. וה"נ כיון דלפי רצונו בדבר המותר לו. אזי אי אפשר בלתי דחי' אזי העשה דוחה ל"ת כמו בכלאים בציצית. ולא מיקרי אפשר לקיים שניהם אלא היכא שגם לרצונו אפשר לו לקיים העשה בדבר המותר לו בלתי דחי' כגון בשני חוטין לבן של פשתן בבגד של פשתן כמ"ש בתוס' כתובות הנ"ל:

איברא בעיקר דברי הט"ז תמה עליו בעל פ"י שם דהיאך אפשר לומר להלכה משום דחי' הלא אנן פסקינן [ברמב"ם פ"א מה' יו"ט ה"ב] כרב אשי דס"ל [בשבת ד' כ"ד סע"ב] דיו"ט הוי עשה ול"ת ואין עשה דוחה לא תעשה ועשה:

א **לכן** נראה לי ליישב דברי הר"ת בדרך סלולה ונכונה. שהרי באמת דברי ר' יהודה שחידש ואמר דזהו היכא שיש לו דקר נעוץ

נעוץ לא נאמרו אלא על סיפא דמתניתין ומודים וכו' אבל בדברי ב"ש דמתיר לכתחילה אזי איפשר לומר דמתיר אפי' בלא ד"כ. גם יש לומר להיפוך דגם לב"ש צריך ד"כ דווקא רק דניחא ליה לר"י לנקוט חידושא דידיה אליבא דב"ה :

איברא לקמן [דף פ' ע"ב] איתא להדיא עד כאן לא קאמר ב"ש אלא היכא דאיכא ד"כ. הרי להדיא דגם ב"ש לא התירו אלא בד"כ דווקא [וכאשר הקשה הר"י בעל התוס' על הר"ת] אולם כל זה למאי דבעי למידחי שגם ב"ש לא התירו כלום משום שמחת יו"ט באיסורין שלא הותרו משום צורך אוכל נפש. ולהכי בע"כ צ"ל דלא התירו לשחוט לכתחילה אלא בד"כ. אבל למסקנא שם שהוכיחו בש"ס מהאי דב"ה מתירין ליתן את העור לפני הדורסן דטעמא דב"ה משום דהתירו סופן משום תחילתן כדאיתא לקמן [דף י"א] ולא כדבעי למידחי משום דחזו למזגא עלייהו. כמבואר בדברי ר"ת עצמו שם. וכיון דהתירו משום שמחת יו"ט לאיסור מוקצה [וכמ"ש בתוס' שבת [דף מ"ט ע"א] ד"ה טומנין בשם הר"ת. דהכא איירי בלחין ואסור משום מוקצה. ובש"ע א"ח סי' ש"ה סעיף כ"ה] וגם לאיסור עיבוד דרבנן מהאי טעמא גופא תו לא מצרכינן לד"כ. ואפי' לכתחילה מתירין לשחוט דעיקרו דדקר נעוץ הוא משום דשני איסורי דרבנן לא התירו וכיון דחזינן דהתירו משום שמחת יו"ט שני היסורין בהדדי. ולכן תמה הר"ת למה החמירו בד"כ דווקא. [ולשיטת רוב הפוסקים החולקים על ר"ת. וסבירי להו דבעינן דקר נעוץ. לדידהו הטעם דנותנין העור לפה"ד משום דחזי למזגא עלייהו. ועיין בס' תפארת ירושלים מס' שבת אות ע' ע"ש] :

זהו סיגנון עיקר תירוצנו ליישב דברי קדשו של הר"ת בקצרה. איברא כאשר יתיישבו הקושיות והתמיהות בסוגיא זו. יתיישבו גם דברי הר"ת ביתר שאת בסיגנון הנ"ל :

ב **והנה** לכאורה תמוה א] למסקנא דהתירו ב"ה בדיעבד בד"כ ובעפר תיחוח. אע"ג דמ"מ איסורא דרבנן איכא דמ"מ הוי מיהת כמלאכה שאין צריכה לגופה כמ"ש להדיא בתוס' בד"ה וא"צ אלא לעפרה ועיין במהרש"א שם שכתב דזהו שכתבו משום שמחת יו"ט הוא לב"ש אבל לב"ה דלא התירו אלא בדיעבד הוא משום מצות כסוי דעשה דוחה ל"ת. והא איתא להדיא במתניתין דר"ה [דף ל"ב ע"ב] שופר של ר"ה אין מעבירין עליו את התחום ולא עולין באילן ומבואר שם הטעם משום דיו"ט עשה ול"ת הוא. ועיין במג"א [סי' תמ"ו סק"ב] שמביא בשם הר"ת דגבי שופר מצרכינן בגמרא לטעמא דעשה ול"ת ולא משום דבעידנא דקא מיעקר לאו לא מקיים העשה. ואפי' ל"ת גרידא לא דחי. משום דשופר הוי עשה דרבים ולא איכפת לן תו משום דלא הוי בעידנא רק הטעם משום דיו"ט עשה ול"ת. וזהו מצד הסברא דמלאכה שאצ"ל דעיקרו הוא מלאכה דאורייתא חמירא מאשר שבותין דרבנן. וכן מבואר ברשב"א שבת [ד' מ"ו ע"ב] בד"ה כל היכא כיון דמלאכה עצמה דאורייתא ובפרט מאיסור תחומין דאקילו ביה רבנן. וכיון דאין מעבירין את התחום משום עשה ול"ת דרבנן דעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, היאך התירו גבי כסוי משום מלאכה שאצ"ל דחמירא מיניה טובא. וא"ל דהתם שאני משום דלא הוי בעידנא. שהרי גבי שופר הוי עשה דרבים ולא איכפת לן כלל בזה. כמבואר להדיא בש"ס משום דיו"ט הוי עשה ול"ת. אבל גבי כסוי לא מיקרי עשה דרבים כמ"ש המג"א שם גבי חמץ משום שאין היחיד מוציא את הרבים. ב] גם קשיא לדברי התוס' הנ"ל דב"ש לא התירו גם בדקר נעוץ אלא משום שמחת יו"ט דא"כ היכי אמרינן לקמן [דף פ' ע"ב] גבי דאין מוליכין את הסולם משובך לשובך שהקשה הש"ס דברי ב"ש אהדדי ומתרץ ליה דע"כ ל"ק ב"ש אלא היכא דאיכא ד"כ שהרי גם בד"כ מ"מ איכא איסורא דמלאכה שאצל"ג דחמירא טובא מהולכת סולם משובך לשובך דליכא אלא משום מראית עין לחוד. א"כ מצאתי קושיא זו בפ"י שהניח דברי תוס' בצ"ע. ג] גם יש לדקדק קצת בדברי תוס' לקמן [ח' ע"ב] בד"ה תניא וכו' וא"ת וכי יש כח ביד חכמים לעקור דבר שהוא מן התורה וכו' וי"ל אין ה"נ דבשב וא"ת יש כח בידם עיי"ש. מדוע לייהו עצמם בסוף הסוגיא על דברי ר' זירא ולא הקשו מיד על דברי ר' יהודה דמצריך דקר נעוץ אפי' בדיעבד דהיאך ידחה משום הכנה דרבנן. וביותר הו"ל להקשות בר"ה [ד' ל"ב] דאין מעבירין עליו את התחום וכי יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה וכו' :

ונראה דפשיטא להו היכא דהוי כעין מלאכה כגון מוקצה דאסרו משום הולכה כמבואר בשבת [דף קכ"ד ע"ב] ובביצה [דף ל"ז ע"א] ברש"י ד"ה אטו. וכן בתחומין כיון דהוי עשה ול"ת מדרבנן העמידו דבריהם לעקור דאורייתא בשוא"ת כדאיתא ביבמות [דף צ'] להדיא דה"ט דשופר ולולב משום דבשב וא"ת עשו חז"ל חיזוק לדבריהם כשל תורה. אבל היכא דשחט בהמה חי' ועוף ונתערבו דהא דלית ביה אלא משום טירחא שלא לצורך דלית ביה משום סרך מלאכה כלל רק משום עשה דשבתון לחוד. אבל הל"ת דמלאכה ל"ש ביה ולכן הקשו דהיאך ידחה העשה דרבנן את עשה דאורייתא. וע"ז תירצו דגם בזה יש כח בידם משום שב וא"ת. אבל נקוט מיהא דגם בעשה ול"ת דרבנן הוא רק משום שב ואל תעשה כדאיתא להדיא בש"ס יבמות הנ"ל אבל בקום ועשה א"א לבטל דבר תורה אפי' במקום שהוא נגד עשה ול"ת דרבנן אע"ג דמשכחת לה בלא ביטול דבר תורה אפ"ה היכא דמזדמן שיתבטל דבר תורה בקו"ע אזלינן בתר דאורייתא דאין כח ביד חז"ל לעקור ד"ת בקום ועשה. ולפי"ז יש לחלק דשאני מצות כסוי משארי מצות עשה כגון שופר ולולב וציצית דכולם הם שוא"ת משא"כ מצות כסוי דרחמנא תליא לה בשחיטה דכתיב ושפך את דמו וכסהו בעפר וכל כמה דלית ליה עפר לכסות אסור לו לשחוט כדתנן להדיא לא ישחוט אלא א"כ היה לו עפר מוכן והיכא ששחט במקום שאין לו במה לכסות הוי כמבטל להעשה בידים. וגם עיקר המצוה ניתנה מתחילה על מי ששחטה דכתיב ושפך וכסה מי ששחט הוא יכסה ולולא דהכתוב ריבה בפירוש ואמר לבני ישראל ודרשינן מיניה שאם לא כסהו השוחט אזהרה לכל ב"י [עיין חולין ד' פ"ז ע"א] אזי אמרינן שהמצוה הוא רק על מי ששחט. ועיין יבמות [ד' ג' ע"ב] בתוס' ד"ה כולהו שהקשו גם על הדין בציצית דאמרינן דהוי שוא"ת אמאי הרי מתלא תליא בלבישה, ותירצו דמצות ציצית הוא רק אחר העיטוף דהסותך משמע שאתה מכוסה בו כבר יעו"ש. הרי להדיא דלולא זאת אמרינן דמצות ציצית קשורה בלבישה ומיקרי קו"ע ועיין במג"א [סי' י"ג סק"ח] שמביא בשם המרדכי דמותר ללבוש בלא ציצית רק לאחר לבישה מחויב בציצית ומש"ה הוי שוא"ת לכל דבר וממילא בכסוי דכתיבי בתרווייהו בלשון עתיד ושפך וכסה ואסור לשחוט עד שיהיה לו עפר לכסות שפיר דמי ביותר לקו"ע מפני שחיטה דמעיקרא ומשה"ע בד"כ היכא דשחט מותר לכסות אע"ג דמ"מ הוי מלאכה שאצל"ג דהוי עשה ול"ת דרבנן וגבי לולב ושופר דחיקן לעשה דאוריי' משום עשה ול"ת דרבנן. דשאני היכא דהוי בשב וא"ת ממש משא"כ גבי כסוי דהוי כקו"ע מפני שחיטה דמעיקרא ואין כח ביד חז"ל לעקור ד"ת בקו"ע. והא דכתבו התוס' ביצה [דף ח' ע"ב] ד"ה תני ר"ז דכסוי הוי שוא"ת זהו היכא ששחט בהמה וחיה ונתערבו דמן א"כ זה בזה דבשעת שחיטה היה בר כסוי אילו לא נתערבו, ועיין וה"ט דב"ה דלכתחילה לא ישחוט ואם שחט יכסה. כיון דעיקר טעמא דדחי מצות כסוי לעשה ול"ת דרבנן הוא משום דכסוי הוי כקו"ע מפני שחיטה דמעיקרא דעשה מעשה בידים ומשה"ט נמי לכתחילה לא ישחוט כי היכי דלא יבוא לכלל קו"ע ומתורץ קושיא א] הנ"ל. וטעמא דב"ש דסברי דישחוט לכתחילה הוא משום שמחת יו"ט או דסברי כר' אליעזר בשבת [דף קל"ז ע"ב] ע"ש בתוס' ד"ה דר"א דמכשירין שאפשר לעשותן מעיו"ט מותר בדרבנן. ור"א מתלמידי ב"ש הוא ועיין סוכה [דף ז' ע"ב] וכ"מ בין שני הטעמים אלו היכא דלית ליה דקר נעוץ מבעוד יום דמשום שמחת יו"ט אפ"ל דמותר אפי' בלא ד"כ כי היכי דשרינן ליתן את העור לפני הדורסן אע"ג דבלא דקר נעוץ איכא תרי דרבנן כמ"ש הרא"ש. שהרי גם בעור איכא נמי תרי דרבנן. [אכן לב"ש דסבירא להו דאין נותנין את העור לפני הדורסן. אזי גם לב"ש צריכין דקר נעוץ] איברא לפרש"י דסברי דהאי דלקמן מפכינן. וסברי ב"ש דנותנין העור לפה"ד אזי אין צריך לדקר נעוץ. אבל לטעמא. דב"ש כר"א סבירי להו אזי גם לבית שמאי צריך לדקר נעוץ. דמידי הוא טעמא דר"א אלא משום מכשירי אוכל נפש והרי כל דיני מוקצה והכנה אסרו רבנן אפילו באוכל נפש עצמו. ומשום האי טעמא היכא דלית ליה דקר נעוץ לא ישחוט אפי' לב"ש וגם אם שחט לא יכסה מפני דאזי אסור משום מוקצה דתו לא מהני מידי משום מכשירי אוכל נפש. דלא עדיף מאוכל נפש עצמו. ועד כאן לא שרי ר' אליעזר אלא היכא דאסור משום מלאכה דמותר באוכל נפש עצמו, מתיר ר' אליעזר במלאכה דרבנן אפי' במכשירי אוכל נפש שאיפשר לעשותן מערב יו"ט אבל היכא דאסור משום מוקצה והכנה. דעיקר איסורו באוכל נפש עצמו כגון

כגון

כגון בילה ופירות הנושרין ומחובר. ועיין במג"א [סי' תק"ט ס"ק ט"ו] לדעת התוס' והג"מ וכן פסק הרמ"א שם דמוקלה מותר בטלטול לצורך אוכל נפש דדוקא טלטול לחוד הוא דהתירו אבל לא שאר השמישים. וכסוי דם הוי כשאר תשמישים. והא דהתירו לכסות הפשטי"דא משום דבשעת תשמיש כבר נתחמם ונסתלק המוקלה לגמרי הרי דכסוי דם דמי לשאר תשמישים. וכנ"ל בכוונתו דמתרץ בזה גם קושיא ראשונה מאפר שהוסק ביו"ט. ועיין במג"א [סי' תצ"ח ס"ק ל"א] שכתב שם דעדיף לכסות באפר כירה שהוסק ביו"ט משיכסה בדקר נעוץ בעפר תיחוח דמ"מ הוי מלאכה שאין צריכה לגופה. אבל מוקלה מותר לצורך אוכל נפש. ולע"ק בזה. גם קשה על המג"א כיון דשם איירי בכבר שחט והיאך שייך תו להתירו משום אוכל נפש שגם אם לא יכסה מותר באכילה. וצ"ל דעיקר טעמו שבא לשקול בין איסור דמלאכה שאין צריכה לגופה דחמירא דאסורה דהוי כמכשירין שאיפשר לעשות מעיו"ט. וגבי מוקלה הקילו אפי' באיפשר לעשות מערב יו"ט:

ולפום הנעת הדברים האלו יתיישב קושיא ב' הנ"ל. דלקמן דבעי למידחי דברי ר' יוחנן ולעולם לא תיפוך. וב"ש לא שרו כלל משום שמחת יו"ט. ועד כאן לא שרו אלא היכא דאיכא דקר נעוץ דהו ליכא משום מוקלה והכנה רק משום איסור מלאכה דרבנן דמלאכה שאין צריכה לגופה. דבכגון זה שרינן באוכל נפש עצמו אפי' במלאכה דאורייתא. אזי משום האי טעמא מותר לכתחלה לשחוט משום דמ"מ לא גרע ממכשירי אוכל נפש אע"ג דאיפשר לעשותן מערב יו"ט. והיינו טעמא דב"ש כר' אליעזר סבירי להו כיון דהשתא ליכא אלא איסור דרבנן לחוד. דשרי אפי' במכשירין שאיפשר לעשותן מעיו"ט. משא"כ בסולם משובך לשובך דמ"מ איכא איסורא משום מראית עין שיאמרו להטיח גגו הוא צריך ולא לצורך אוכל נפש:

ג **גם** איפשר לומר בעיקר דברי ר' יהודה דמצריך דקר נעוץ בדיעבד לבית הלל. ולכתחלה לבית שמאי. זולת דברי הרא"ש דשני איסורין לא שרי משום שמחת יו"ט או בדיעבד לבית הלל משום מלות כסוי. דיש לומר דאע"ג דשרי לבית הלל מלאכה שאין צריכה לגופה משום מלות כסוי. זהו היכא דמ"מ הוי בעידנא דמיעקר עשה ול"ת דרבנן קא מקיים לעשה דכסוי וכמש"ל. שהרי לא נעשה הגומא רק היכא דהקיל ליה לעפר ממקומו לגמרי ואזי תיכף בהדי דעביד גומא קא מכסי ליה, כעין דאמרינן בש"ס [דף ח' ע"ב] דהוי בעידנא בכתישה. אבל היכא דליכא דקר נעוץ דתיכף כשנוגע בעפר תיחוח עבר בעשה ול"ת דרבנן. וכל כמה דלא מקיים לעשה בעידנא. אזי גם בכסוי דדמי לקום ועשה כמש"ל. מ"מ הוי כמו דליתא לעשה כלל כיון שצריך לעקור טרם דחייל לעשה כלל. ואין להקשות דאכתי למה לי דקר נעוץ משום איסור טלטול. הא טלטול לחוד שרי משום אוכל נפש. ואי משום השמיש דכסוי כמש"ל בהגה"ה לדעת המגן אברהם. הדר הוי ליה בעידנא. דז"א דבלא דקר נעוץ שפיר אסרינן ליה משום טלטול דהא כיון דבית הלל איירי בדיעבד ובדיעבד לא שייך משום אוכל נפש כמ"ש המג"א שם [בסי' תק"ט]. אבל לטעמא דבית שמאי בע"כ צ"ל דלא בעינן דקר נעוץ כלל כיון דקא שרו לכתחלה אע"ג דסוף סוף הוי מלאכה שאין צריכה לגופה. וא"ל דהתם טעמא משום דהוי בעידנא. אבל לגבי טלטול לא הוי בעידנא דממ"כ שרי שהרי לגבי טלטול שרי משום אוכל נפש דהא לב"ש איירי לכתחלה ודמי לאוכל נפש. ואי משום השמיש דכסוי הדר דמי למלאכה שאין צריכה לגופה. וכשם דשרי לב"ש לשחוט לכתחלה היכא דיש לו דקר נעוץ אע"ג דסוף סוף יבוא לעקור עשה ול"ת דרבנן. וא"ל משום דכסוי דמי לקום ועשה זהו שפיר לב"ה דאיירי בדיעבד. אבל לב"ש דאיירי לכתחלה לא שייך האי טעמא א"ו משום שמחת יו"ט הוא דקא שרו ב"ש לכתחלה משום דאח"כ יהא בעידנא שרי גם לכתחלה משום שמחת יו"ט. משום האי טעמא עצמו הוי ליה למישרי אפי' בלא דקר נעוץ דאי משום טלטול ליתא לצורך אוכל נפש. ואי משום תשמיש דאח"כ בשעת כיסוי הדר הוי בעידנא כמו לגבי גומא. וכשם דשרי לכתחלה לב"ש משום איסור גומא מפני שאח"כ יהא בעידנא. ה"ה דהוי להו למישרי לאיסור תשמיש מוקלה משום שאח"כ יהא בעידנא. וזהו שתמה הר"ת. לדעתו דס"ל דמהפכינן הך דשוחט אזי לב"ה שרי בלא דקר נעוץ כמו לב"ש מעיקרא. דלא ס"ל לר"ת לחלק בין חד איסורא דרבנן לתרי אדר"ב. והא דאמרינן כדדחי ליה דלעולם לא תיפוך ועד כאן לא שרו ב"ש אלא היכא דאיכא דקר נעוץ. היינו טעמא כמ"ש לעיל דכיון דבית שמאי לא שרו משום שמחת יו"ט כלל אלא באוכל נפש עצמו או במכשירי אוכל נפש שאי אפשר לעשותן מערב יו"ט. ואמאי שרו לכתחלה אפי' בדקר נעוץ כיון דסופו יבא לידי עקירת עשה ול"ת דרבנן. וחכמים עשו חיזוק לדבריהם כמו בשל תורה. וכמו גבי שופר ולולב דאסור לכ"ע משום עשה ול"ת דרבנן, ה"נ לגבי כסוי. וא"ל משום דהאי כסוי דדמי לקום ועשה. הא תינח בדיעבד לבית הלל. אבל לכתחלה אמאי. אלא בע"כ צ"ל דב"ש כר' אליעזר סבירי להו דשרינן מלאכה דרבנן לגבי מכשירין שאיפשר לעשותן מעיו"ט אזי משום האי טעמא עצמו צ"ל דבעי דקר נעוץ דבלא"ה אסור משום מוקלה אע"ג דטלטול מוקלה שרי לצורך אוכל נפש. אבל מ"מ תשמיש הכסוי עצמו אסור במוקלה אפי' גבי אוכל נפש עצמו תו לא מהני מידי במאי דס"ל כר' אליעזר אלא היכא דאיכא דקר נעוץ דנסתלקה לאיסור מוקלה והכנה רק משום מלאכה דגומא דרבנן ולענין מלאכה שפיר שרי לר"א משום מכשירי אוכל נפש:

ועיין בתוס' שבת [דף קל"ז ע"ב] ד"ה דר"א שהקשו דמנ"ל לש"ס דר"א מוסיף על דברי ר"י ושרי אפי' במכשירי א"נ שאיפשר לעשותן מעיו"ט כיון דמוכח מקרא להדיא דאסור מדכתיב הוא וכתיב לכם. אלא בע"כ צ"ל דלא שרי ר"א אלא בדרבנן. ואכתי קשה מנ"ל דר"י לא ס"ל כן. ולפי דברינו הנ"ל יש לומר דמוכח מדברי בית הלל דלא שרו לשחוט לכתחלה אפי' בדקר נעוץ משום מלאכה שאין צריכה לגופה. והא לא גרע ממכשירי אוכל נפש שאיפשר לעשותן מעיו"ט ובית הלל מסתמא כר"י ס"ל דהכי נקטינן [עיין בש"ע או"ח סי' תצ"ה סעיף א']. ומשום האי טעמא איפשר לצדד ולומר דמשו"ה לא הביא הרי"ף כלל את דברי ר' יוחנן דמוחלפת השיטה. אע"ג דבש"ס לא דחי ליה אלא בספיקא. משום דסובר כדעת הר"ת שפירש דאיפוך למתני' דשוחט. וא"כ הדרא קושית התוס' הנ"ל לדוכתיה דמנ"ל דר"א מוסיף על דברי ר"י, א"ו דסתמא דש"ס נקיט להו כדתני להו ולא תיפוך:

ד **כללות** הדינים המסתעפים מזה לפענ"ד. א] הן זה נראה בעליל דמשום שמחת יו"ט לא שייך גבי כסוי. רק למאן דשרי לשחוט לכתחלה דאי לא שרינן ליה לכסות אזי אסור לו לשחוט. ואתי לאמנועי משמחת יו"ט. ועיין במג"א [סימן תצ"ח ס"ק כ"ה] שמביא בשם הרא"ש הטעם משום שמחת יו"ט לדידן דפסקינן כבית הלל וקאי על דיעבד הוא שלא בדקדוק. והרא"ש כתב כן על ב"ש עי"ש. וכ"כ להדיא במהרש"א על תוס' ד"ה ואין צריך. וכן משמע להדיא בתוס' בסד"ה אמר ר"י שכתבו בטעמא דהירושלמי שלא לעקור מלות כסוי יעו"ש. אבל היכא דאינו רשאי לשחוט לכתחלה ועבר ושחט. שוב ל"ש כלל להתיר לכסות משום שמחת יו"ט רק משום עשה דכסוי. ואזי תליא בין איסור אחד דרבנן לשני איסורין דרבנן לדעת הרא"ש. ולדעת הר"ת הנ"ל דנראה להדיא דלא ס"ל לחלק בזה שהרי מתיר לשחוט לכתחלה אפי' בלא ד"נ דס"ל כר"י דמוחלפת השיטה הסוא דשוחט. ולדידיה צ"ל בטעמא דב"ה דמחמיר בדיעבד ודוקא דא"ל ד"נ הוא מטעמא דפירשנו לעיל משום דבלא"ה לא הוי בעידנא, דבעפר תיחוח צריך לנגוע העפר טרם שיגיע לכסות מפא"כ בדאית ליה ד"נ דנסתלק לאיסור מוקלה, ולית לן למיחוש רק משום איסור גומא שהוא רק לאחר שהגביה את העפר ממקומו בהדי דמגביה קא מכסי ליה והוי בעידנא. ואע"ג דיו"ט הוי עשה ול"ת דרבנן הוא מטעמא דכתבינן לעיל דהאי מלות כסוי דקשורה בהדי שחיטה דמעיקרא. והשתא אי תימא דאינו רשאי לכסות הרי עבר בקו"ע בשעת שחיטה דמעיקרא. ולפ"ז יתפרש דברי ירושלמי שהביאו תוס' דאם שחט מותר לכסות באפר כירה שהוסק ביו"ט דאז הוי בעידנא ובהדי הטלטול הוא דקא מכסי ליה ואפי' היכא דקא עביד גומא ולדעת הרא"ש בע"כ צ"ל דאיירי בדלא עביד גומא. ב] איברא כן הדברים היכא שלא היה בר כסוי בעידנא דקא שחיט ליה ואז עקרינן אפי' עשה ול"ת דרבנן משום מלות כסוי משום דחשיב קו"ע כיון דבשעת שחיטה לא היה לו עפר אחר רק מה שהכין ע"י ד"נ או אפר שהוסק ביו"ט שכבר נלטנן בשעת שחיטה דהשתא אם נימא דלא יכסה הרי עבר בקו"ע בעידנא דקא שחיט שהרי מדאורייתא אינו רשאי לשחוט חיה ועוף היכא דלית ליה עפר לכסות אבל היכא דבשעת שחיטה היה בר כסוי ואח"כ ע"י סיבה נעקרה לקיימו כסידרן

כשידרן כגון בשחט בהמה וחיה ונתערבו דמן זה בזה או בשחט לפור מעיו"ט שהיה ביכלתו לקיים מלות כסוי בשעת שחיטה ואח"כ ע"י שכחה ועצלות לא כסה. אזי אפי' משום טירחא לחוד אינו רשאי לכסות ביו"ט אע"ג דלית בה משום סרך ל"ת כלל וכמש"כ לעיל. והטעם כיון דבעידנא דקא שחיט שפיר קא עביד שוב נתבטלה העשה רק בשוא"ת. ובזה יש כח ביד החכמים לעקור ולבטל משום עילה כל דהו כפי שחייבה חכמתם:

וע"פ יסוד זה יתיישב מקור הסוגיא ברווחא. גם יתיישב קושית הט"ז [סי' תצ"ח ס"ק י"ט] דל"ל הטעם בכוי משום התרת חלבו עי"ש שדחק בזה. ובכל זה לא יתיישב רק מן הגמרא. אבל מ"מ קשיא על הפוסקים דפסקו לדינא כברייתא דר"ז. ואעפ"כ הביאו הטעם בכוי משום התרת חלבו. כמ"ש בש"ע שם [סעיף י"ח י"ט]. ועיין בא"ר שכתב דכ"מ היכא דשחט עוף אלא הכוי ולא ילטרך טירחא יתירא משום הכוי. אפ"ה אין רשאי לכסות משום התרת חלבו, ועי"ש. ולדידי לריך עיון טובא בזה דהיכן מלינו שיתבטל מלות וודאי כסוי משום גזירה דהתרת חלבו דהרי לא מלינו רק בספק כסוי כגון בכוי אבל לא מלות וודאי דעוף דשחט בהדיה. וי"ל דבריו דאיירי שלא נתערבו ויכול לכסות שניהם בטירחא אחת אפ"ה לא יכסה רק את העוף לחוד. איברא לפי מ"ש נכונים הדברים בפשטא דגבי כוי א"א לחכמים לעוקרו משום טירחא לחוד דהוי כאילו יעקרו דבר דאורייתא בקו"ע דמ"ל וודאי או ספק כיון דסד"א לחומרא משא"כ בנתערבו דמם או בשחט מעיו"ט דנסתלקה למעשה שחיטה דמעיקרא ושוב לא הוי אלא כשב ואל תעשה [ועיין בפ"י ביצה דף ט' שתמה על הא דשחט מעיו"ט דלמה לא יכסה בעפר מוכן. וכתב שהדבר לריך תלמוד. וע"פ דברינו לפע"ד נכון מאד משום דהוי שוא"ת שפיר עקרו גם משום טירחא]:

ג] ולפ"ז נלמד לן דין מחודש דהא דפסקינן היכא דכבר שחט מותר לכסות בד"כ או באפר שהוסק ביו"ט זהו היכא דבעידנא דקא שחיט לא היה לו עפר אחר. אבל היכא דבשעת שחיטה היה לו אפר כירה או שעודנו היה האפר שהוסק ביו"ט חם. וע"י שלא כיסה מיד נלטנן בנתיים או שנתפזר האפר כירה שהיה לו. אזי שוב אין רשאי לכסות בעפר ע"י ד"כ או באפר שנלטנן כיון דנסתלקו לקו"ע דשחיטה אזי לא הוי רק כשב וא"ת וכיון שביטלו בשוא"ת משום טירחא לחוד כ"ש היכא דאיכא משום עשה ול"ת דרבנן. ודמי לשופר ולולב שעקרו מלוה דאורייתא ע"י ל"ת ועשה דרבנן כמשכ"ל. ועפי"ז יתיישב לן גירסא הישנה [דף ח' ע"ב] והא מדקתני סיפא ואם שחטו אין מכסין א"ד מכלל דרישא בדאית ליה עסקינן. והוא תמוה דבלא זה קשיא מסיפא לחוד כיון דלא ס"ל לחלק בין ספק לוודאי. ולמ"ש ניחא די"ל דאיירי בדאיתא ד"כ או אפר שהוסק ביו"ט רק דבשעת שחיטה היה לו אפר כירה או שעודנה לא נלטנן. ומשו"ה שוב אינו רשאי לכסות כיון דנסתלקה לקו"ע דשחיטה וכמ"ש. ומשו"ה קשיא ליה מרישא דע"כ בחדא גוונא קמיירי ואמאי לא ישחוט לכתחלה כיון דאז היה לו עפר מוכן. אבל מסיפא לחוד ל"ק די"ל דאיירי בכה"ג ובוודאי חיה ג"כ דינא הכי. והא דקתני כוי משום רישא כדאיתא שם בסוגיא:

ה עיין [דף ח' ע"א] בתד"ה א"ה וכו' וי"ל דה"פ וכו'. ועודנו לריך תבלין להבין דבריהם דמאיזה סברא נפליג בין וודאי לספק במלא קופתו כשם דלא מפלגינן בד"כ וכדומה. ויש להמתיק דבריהם דהא בע"כ למאן דפליג על רב יהודה ל"ל דס"ל כת"ק דרשב"ג במס' שבת [דף נ' ע"א] דסברי דבעינן קשרן, ולא כרשב"ג דסגי במחשבה לחוד להוליאו מידי מוקצה. וע"ש בגמרא דרב יהודה ס"ל דגבי עפר דלא בר מיעבדא מעשה לכ"ע סגי במחשבה. ומעיקרא קא סברי שם דשוין הם ור"פ הוא שהמציא כן לחלק ביניהם ומסתברא דגם לרבנן דל"מ מחשבה היינו שיהיה וודאי מוכן. אבל מ"מ מוליאו מידי וודאי מוקצה דמה"ת נימא דפליגי מהיפוך להיפוך. דלרבנן הוי וודאי מוקצה ולרשב"ג יהיה וודאי מוכן. [וא"ל דרשב"ג כאבוה ס"ל דספק מוכן מותר. ולדידיה הוי רק ספק מוכן. וא"כ לרבנן הוי וודאי מוקצה. עיין ביצה כ"ד, דהא שמואל ס"ל התם דאין הלכה כר"ג. ובשבת ס"ל כרשב"ג]. וכיון שלא הוי אלא ספק מוקצה לרבנן א"כ גם במכניס מלא קופתו עפר. גם לס"ד מעיקרא דלא ס"ל לחלק בין עפר לחריות ושאר דברים מ"מ ילא מיהת מידי וודאי מוקצה. ומשו"ה מותר לכסות בהם וודאי משום דאין סדר"ב מוליא מידי וודאי דאורייתא. אבל לגבי כוי לא. דכהם שוודאי דרבנן מוליא מידי וודאי דאורייתא

לענין שלא ישחוט לכתחלה. וסיפא איירי בהיה לו עפר מוכן בשעת שחיטה. וכמש"ל [בסוף אות ד'] לקיים הגירסא הישנה בש"ס. ה"כ סדר"ב מוליא כספק דאורייתא כי שניהם שקולין הם. וכהם דבוודאי מוקצה אמרינן דלא ישחוט לכתחלה. וכן בד"כ אע"ג שיתחייב בוודאי כסוי. ה"ה בספק מוכן לא ישחוט את הספק. אבל לר"י קשיא דאיהו ס"ל דהוי וודאי מוכן אליבא דכ"ע משום דלאו בר מיעבדא מעשה. א"כ מתניתין דתנן לא ישחוט את הכוי כמאן אתיא ליה:

ואם תפלם במאזני לדק. נראה מזה ראיה לדברי הרמב"ם [פרק א' מהלכות מילה הלכה פ"ו] דספק בין השמשות נימול ביו"ט של גליות. והש"ך [סי' רס"ו סק"ח] מסיק כן להלכה. דכהם דוודאי יום א' דוחה וודאי יו"ט. ה"כ ספק יום א' דוחה ספק יו"ט. [וא"ל דבלא"ה ליהרי ספק יום א' ביו"ט שני משום ספק ספיקא. וכן גבי כוי נמי איכא ס"ס חדא דילמא בהמה היא ולא נתחייב בכסוי כלל. ואת"ל חיה דלמא מוקצה היא. דספק ספיקא בשני גופים לא מהני כמבואר בדברי רבינו אלי' מזרחי גבי טומטום דאינו מוליא את מינו. מס' ראש השנה דף כ"ט ע"א]. מיהו אפ"ל דשאני יו"ט שני דמתחלה נעשה על הספק אפי' לדידן דבקיאין בקביעי דירחא. ורא"ה שהרי בריש ביצה למאי דס"ד דספיקא דרבנן לקולא אפי' בדשיל"מ. א"כ כל מלאכות דרבנן יהיו מותרים ביו"ט שני. ואנן לא מקילינן ביו"ט שני אלא לגבי מת ולמכחל עינא כמ"ש בש"ס ביצה [דף ו' ודף כ"ב] ועיין בכסף משנה [פרק י"א מהלכות מעשר הלכה י"ג] דבדמאי לא מהני ספק ספיקא כיון דמעיקרא תקנו אפי' במקום רוב דמהני בכל מילי. ומשו"ה לא מהני גם בהדי ס"ס. וכעין זה איתא בתוס' פסחים [דף י' ע"א] ד"ה ספק ביאה בטעמא דרבנן:

ו ויש להתבונן בסוגיין דאמרינן אפר כירה דעתו על הוודאי ואין דעתו על הספק דהכתי קשה אמאי אין מכסין את דמו כשכבר שחטו. שהרי אפי' באפר שהוסק ביו"ט מכסה שלא לבטל מלות כסוי כמ"ש תוס' בשם הירושלמי. וכשם דלא מפלגינן בוודאי לספק לענין משאל"ל כדאיתא להדיא דאמרינן אלא כדר' אבא ספק נמי וכו'. ה"ה לענין מוקצה דמ"ש. שהרי משאל"ל חמירא ממוקצה כמש"ל דא"ל דמיירי בדעבד גומא ואיכא שני איסורין דרבנן ודמיא להיכא דליכא ד"כ דאסור אפי' בדיעבד לטעמיה דרא"ש. [או לטעמא דכתבנו משום דלא הוי בעידנא לפי דלריך לנענע ולזוז ממקומו את העפר טרם שיכסה. וה"כ א"ל דמתניתין דכוי איירי כגון ששחט מרחוק מן אפר כירה דא"א לכסות בהדי דקא דחפו ממקומו, דבפשטא ל"מ הכי דקתני מילתא דפסיקא ואם שחטו אין מכסין את דמו]. דא"כ הדרא קושיא לדוכתיה מרישא דקתני אין שוחטין לכתחלה מאי איריא כוי אפי' וודאי נמי לא כמו בד"כ דלא ישחוט לכתחלה משום מלאכה שאל"ג לב"ה. ותירולא דגמרא דלרבותא נקט כוי דלא מיבעיא וודאי דלא ישחוט כיון דאינו יכול לכסות. ל"ש בזה כיון דבוודאי יתחייב בכסוי לבסוף דליכא גביה אלא איסור גומא לחוד. ולמש"ל ניחא. וה"פ אע"ג דבאפר כירה אין מן הסברא שיתעבד גומא בלקיחתו מ"מ לא ילא מידי ספיקא. ומשו"ה בוודאי מותר לשחוט לכתחלה. דאע"ג דהיכא דוודאי עושה גומא אסור לכתחלה לשחוט מ"מ משום ספיקא דאיסורא דרבנן לא מבטלינן לוודאי שמחת יו"ט ואין ספק מוליא מידי וודאי והוי כדליתא כלל. ואי משום ביטול מלות כסוי הוא דלא ישחוט. ז"א שהרי רשאי לכסות אח"כ ולא עוד אלא אפי' היכא דאיכא חד איסורא דרבנן בוודאי וחד בספק כגון בדעבד גומא וספק מוכן ג"כ מחוייב לכסות את הוודאי. אפי' לדעת רא"ש דשני איסורין דרבנן לא מדחינן מפני מל"כ זהו היכא ששני איסורין וודאין. אבל היכא דחד מהם בספק אין ספיקו מוליאו מידי וודאי דאורייתא. אבל לגבי ספק כסוי כגון בכוי דאמרינן השתא דאין דעתו על הספק ואיכא איסור מוקצה בוודאי ואיסור גומא איכא נמי מספיקא בדיעבד אסור לכסות. דכהם דוודאי שני איסורין דרבנן מדחין לוודאי דאורייתא ה"ה בספיקן. אזי גם בספיקא דשני איסורין מדחה לסד"א וכמשכ"ל:

וגם לטעמא דכתבנו משום בעידנא ה"כ יתפרשו תוכן הדברים. והוא דאע"ג דאפשר לו לכסות בהדי דקא דחפו לאפר כירה מ"מ מידי ספיקא לא נפקא וחיישינן דילמא לא יעלה בידו כן עד שילטרך לטלטל טרם שיכסהו. איברא לגבי וודאי ל"א לזה דאין ספק מוליא מידי וודאי. אבל בספיקא דכוי אמרינן שפיר דאפי' בדיעבד לא יכסה דכהם דהיכא דאי אפשר לו שיעשה בעידנא מדחינן לוודאי מלות כסוי

כסוי. הוא הדין בספיקא דבעידנא דחיין לספיקא דכסוי. ומשה"ע גופיה לא ישחוט לכתחילה משום שמחת יו"ט משום שיתבטל עי"ז מל"כ שהוא סד"א. ועיין סנהדרין [דף פ"ד] דחיישינן לספיקא כי האי, דאמרינן התם רב לא שבק לבריה למישקל ליה סילוא דילמא חביל ליה והוא שגגת איסור יעו"ש. והא דאמרינן דבאיסור לאו ל"ת היינו משום דנחית להללה ולרפואה ואי איפשר בענין אחר משא"כ בכהו כיון דאיפשר באחר [וכמו שכתב בחדושי הר"ן סנהדרין שם]:

ולפי"ז יש ליישב דברי ר"ת הנ"ל באופן שלישי. דיש לדקדק לדעת הרא"ש דס"ל דטעמיה דרב יהודה דהוסיף על המשנה דבעינן ד"כ משום דבלא"ה הוי שני איסורי דרבנן. הלא לב"ה דאיירי בדיעבד לית ביה משום שמחת יו"ט רק משום ביטול מצות כסוי. והא בכ"מ דעשה דוחה ל"ת דוחה אפי' לשני לאווין כמו דמלינן במגורע אע"ג דעל הזקן לחוד יש בו חמשה לאווין ומשמע אפי' כשהשחיתן בב"א. וכ"ה להדיא בתוספות נזיר [דף מ"א] ד"ה ופריך ואע"ג דהכא הוי עשה ול"ת דרבנן מ"מ מנ"ל לחלק בין חדא לתרי דרבנן רק י"ל שרב יהודה הוכיח כן ממתני' דכוי דקתני [פ"ב דבכורים וריש פ' כיסוי הדם] ואם שחטו א"מ א"ד וסבירא ליה לרב יהודה כדפרש ליה רבא משום דאפר כירה דעתו לוודאי וכו' וכמש"ל משום דספיקא דשני איסורין דרבנן מדחין לספד"א ובע"כ צ"ל דוודאי מדחי' לוודאי דאורייתא. וכיון דאנן פסקינן כרמי בריה דרב ייבא דטעמי' משום התרת חלבו. ואפי' היכא שהכין בפירוש לספיקא אינו רשאי לכסות. וכן מבואר בש"ע בפירוש [בסי' תצ"ח סעיף י"ח] שוב לא מחלקינן בין תרי איסורין לחדא. כמו בכ"מ דדחי עשה לל"ת. וכיון דב"ה איירי אפי' בלא ד"כ ממילא ה"ה לב"ש לכתחילה דבחדא גוונא איירי ובגוונא דמתירין ב"ה בדיעבד מתירין ב"ש לכתחילה. וכיון דפסק כר"י דמוחלפת השיטה ואזי לב"ה מותר לכתחילה אפי' בלא ד"כ:

ז **עיין** חולין [פ"ד ע"ב] דתני רי"א כוי אין שוחטין אותו ביו"ט וכו' ואם שחטו א"מ א"ד מק"ו וכו' יעו"ש היטב ובתד"ה כסוי וכו' ובמהרש"א. ולדברינו הנ"ל קשיא טובא דגבי מילה תרוייהו הוין דוודאי דוחה שבת בקו"ע וספיקו אינו דוחה יו"ט בקו"ע אבל גבי כסוי דוודאי אינו דוחה את השבת הוא רק בשוא"ת כיון דנסתלקה למעשה שחיטה דמעיקרא שהרי הוא כמחויב בדבר לשוחטו לצורך חולה ושוב לא נדחה למצות כסוי רק בשוא"ת משא"כ גבי כוי דאם אמרת דלא יכסה הרי עקר למצות כסוי בידים ע"י שחיטה דמעיקרא דכיון שמחויב לכסות מספיקא הרי עקר בידים ע"י מעשה שחיטה. ובני הרב נ"י תירץ קושיא זו בהשכל דגם בשבת מש"ל בקו"ע כגון היכא דלצורך החולה שוה בהמה לעוף והלך ושחט את העוף שהרי רשות בידו לשחוט איזה שירצה דהשתא נדחה לכסוי בקו"ע ושוה לכוי ואעפ"כ הוי דומיא דמילה שהרי שחט ברשות ודבריו נכונים. וא"ל דהכתי קשיא על דברי תוס' חולין שם אמאי נדחה לכסוי בידים בקו"ע משום טירחא הא כבר הוכחנו לעיל דמשום טירחא לא דחיין רק בשוא"ת משום דטירחא לחוד לית ביה כלל משום סרך לא תעשה רק משום עשה דרבנן ואיך נדחה לעשה דאורייתא בקום ועשה מפני עשה דרבנן וכמש"ל [באות ד'] גבי שחט חיה ועוף ונתערבו דמה או בשחט ליפור מעיו"ט. וי"ל דזהו מפני טירחא דיו"ט דווקא דקילא אבל טירחא דשבת דחמירא נדחה אפי' בקו"ע. וזהו שכתבו התוס' שם דאין לדמות טורח יו"ט לשבת, ואין לומר כיון דהכתי לית ביה אלא משום עשה דרבנן והיאך נעקור לעשה דאורייתא מקמי עשה דרבנן די"ל דעשה דרבנן בשבת כיון דאיתא בל"ת דידיה איסור סקילה גם העשה דידיה חמירא כעין שכתבו התוס' קידושין [ד' ל"ד] בסד"ה מעקה, ואי משום דהוי רק עשה דרבנן הרי מלינן דיותר החמירו בעירובי חצירות דרבנן מעשה דסוכה דאורייתא עיין סוכה [ע"ז ע"ב] ודמי למ"ש תוס' בכמה מקומות דבמקום שראו טעם גדול לדבריהם יש כח בידם לעקור אפי' בקו"ע עיין יבמות [פ"ח] בתד"ה מתוך [ודף פ"ט ע"ב] בד"ה כיון:

ח **שם** בחולין בתד"ה תקיעת וכו'. ושני תירוצים מבוללים הכנה שאין לך לה"י גדול מזה כיון שמחויב מדאורייתא לתקוע דספיקא דאורייתא לחומרא. ונראה דעיקר כוונתם עפ"י דאיתא בר"ה [ל"ד פ"א] דפליגי אם אחת מדרבנן ושתים מד"ת ורשב"ג ס"ל אחת מד"ת ושנים מד"ס הרי דלכ"ע איכא בשלשה סדרים אחת מד"ס ונמצא שהספק איננו מחויב מצד הדין לתקוע רק שני סדרים ומסתמא יחמיר ע"ע ויתקע כל שלשה סדרים ואם שמע מתוקע זכר שני סדרים והסדר השלישי לא שמע בוודאי יש לחוש שיוציאו לר"ה דשוב ליכא לה"י כלל. וגם אית ביה משום שבות דתקיעות עצמו וכ"ז נתגלגל מפני שמחויב מספיקא שהרי אם לא יתקע כלל לא יבוא לכלל זה. ומזה הוכיחו דספיקא דוחה יו"ט אעפ"י שאין וודאי דוחה שבת משום חשש זה ועיי' במ"א [סי' ס"ז ס"ק א'] בספק קרא ק"ש דקורא עם ברכותיה מפני דמעיקרא הכי תקון משמע דבכ"ד דלא מלינו להדיא כן אזלינן בתר עיקר הדין ולא מחייבינן ליה רק במה שמחויב מדאורייתא:

ועיין עוד בס' זית רענן ח"ר בדיני מתוך [אות כ"ה] מ"ש בסוגיא זו דדקר נעוץ על דברי השער המלך:

סימן יב

בדיני דכל העומד לישרף וכתותי מכתת שיעורי'

בעזה"י פה ירושלים עיה"ק תובב"א.

מתחילה נבאר הדברים הנוגעים לדינא לדידן

א **עיין** רמ"א אה"ע [סי' קכ"ד סעיף א'] וז"ל ומיהו בדברים שצריכים שיעור מן העולם וצריכים שרפה אם כתב עליו הגט בטל. ועיין בח"מ ובב"ש ובספר גט פשוט ובביאור הגאון החסיד זצוק"ל. ומקור הדברים מדברי ר"ן פרק שני דגיטין וז"ל כתבו על איסורי הנאה כשר. בכל איסורי הנאה קאמרי ואע"ג דכתותי מיכתת שיעוריה. דלא איכפת לן אלא במידי דבעי שיעורא כשופר ולולב. ומיהו באותם שצריכים להתבער מן העולם. למאן דאמר כל העומד לישרף כשרוף דמי. משמע דלא הוי גט דכמאן דליתנהו דמי עכ"ל הר"ן. והקשו עליו הלא כתותי מיכתת שיעוריה הוא במידי דבעי שרפה דוקא. ועוד הניחו בתימה על הרמ"א. דהרי פסקינן דלחי של אשירה כשר דאין צריך שיעור. הרי דלא אמרינן דכשרוף דמי [עיין בא"ח סי' שס"ג סעיף ח']. לכאורה נראה דרמ"א לשיטתיה דפוסק באו"ח [סי' תקפ"ו סעיף ג'] כדעת ר"ת. דאפי' בשל עובד כוכבים כ"ז שלא נתבטל אינו יוצא משום כתותי מש"ע אבל עומד לישרף לא מיקרי. דעומד נמי להתבטל. דבשלמא לענין כמ"ש סבירא ליה דאזלינן בתר השתא. וכל כמה דלא נתבטל לית ליה שיעורא. אבל כשבאו לדון מחמת שעתיד לישרף. הרי עתיד נמי להתבטל ואינו עומד לישרף בבירור. ולפי"ז מתורצים כל הקושיות הנ"ל. איברא דעדיין יש לדקדק שהרי בלחי של אשירה לא הגיה הרמ"א כלום על דברי המחבר, ולדעת המחבר [סי' תקפ"ו] לא שייך כתותי מש"ע אלא בשל ישראל ואפ"ה כשר בלחי דא"ל שיעור. אע"ג דבעי שרפה. וגם הרמ"א בעצמו [סי' תקפ"ו] לא כתב אלא ויש מחמירין. משמע שהוא רק מצד חומרא. אבל מצד עיקר הדין ס"ל ג"כ כדעת רש"י ורמב"ם דלא אמרינן כמ"ש אלא בשל ישראל דוקא. ואם כן בעירובין [דף פ' ע"ב] דמחלק בין קורה ללחי. בעל כרחו בשל ישראל איירי ואפ"ה מכשירין בלחי דא"ל שיעור. אע"ג דבעי שרפה. וגבי גט פוסק שהגט בטל:

ב **איברא** נראה עיקר מדקדוק לשון הרמ"א דמרמז ברמיזה על דברי תוס' יבמות [ק"ג ע"ב] בד"ה סנדל וכו' וז"ל שם בתוך הדבור וא"ת אי בכו"ם של ישראל מאי קאמר דכמ"ש הא טעונה גניזה וכו' וי"ל כיון דטעונה גניזה אין כתותי שיעורא גדול מזה א"נ בכו"ם של עובד כוכבים שעבדה לדעת ישראל עכ"ל. כוונתם בפשטא כיון דאשירה דמשה כבר נשרפו בשעת כיבוש יהושע וזקנים ותו לא משכחת אלא או כו"ם של ישראל או של עובד כוכבים וכיון דבשל עכו"ם דמהני ביטול ליתא משום כמ"ש אלא בשל ישראל. והרי של ישראל א"ל שרפה אלא גניזה. ומתרצי ליה דמשכחת ליה שפיר בשל ישראל. שגם דאינו צריך שרפה כיון דבעי גניזה אין כתותי שיעורי' גדול מזה. וממילא מובן דלתירוץ הראשון עולה הענין על מכונו. אבל המלות דנקט אשירה דמשה עודנו בקושי. ולתירוץ השני גם זה עולה במישור דמשכחת לן גם השתא כאשרה דמשה. כו"ם דבעי שרפה ולא מהני גבי' ביטול כגון דעבדה לדעת ישראל. דמידי טעמא דאשירה דמשה אלא מדפלחו לעגל גליי' דעתייהו דניחא להו. כדאיתא בע"ז [דף כ"ג ע"ב] השתא נמי משכחת לה כהאי

גוונא

גוונא. ובהי תירוצים נכונים לדינא. ואין תירוץ השני חולק על הראשון כאשר נתבאר, שהרי בע"כ צ"ל דכו"ס של עובד כוכבים וזכה בו ישראל שוב אין לו ביטול. אבל מכל מקום אינו צריך אלא גניזה. ואינו מחוייב לשורפו. דאי לא תימא הכי למה ליה לשנויי דאיירי דוקא בעבדו עכו"ס ע"ד ישראל. לימא בפשטא שזכה בו ישראל אחר כך. אלא ודאי משום דבעי לאשכוחי בגוונא דבעי נמי שרפה וזה לא משכחת לה אלא בעבדו על דעת ישראל כדי שיהיה דומיא דאשירה דמשה כדנקט ליה בפרק לולב הגזול. ומדהקשו שם בתוס' הנ"ל אחר זה הלא בכו"ס של עובד כוכבים נמי מדאגבהה קניא והוי כו"ס של ישראל. ומשמע דקושיא זו קאי גם לתירוצם השני. דאע"ג דאינו טעון שרפה. כיון דצריך גניזה יש בו משום כמ"ש [דהא כו"ס של עובד כוכבים שזכה בה ישראל צריך גניזה. וראיה על זה מדמצינו גבי יעקב שגנז את הכו"ס משכם כדכתיב ויטמון אותם תחת האלה וגו'. וכן משמע מדברי הרמב"ם [בפ"ח מה' עכו"ס ה"ט] דנקט התם כו"ס של ישראל לענין ביטול וגניזה. וכתב וכן כו"ס של עובד כוכבים שבאת ליד ישראל. ומשמע בפשטא דגם לענין גניזה שוה לכו"ס של ישראל. ולפי"ז מדוקדק היטב דברי רבינו הרמ"א ז"ל הנ"ל. ומיהו בדבר שצריך ביעור מן העולם כגון כו"ס של עובד כוכבים וצריך שרפה כגון שעבדו ע"ד ישראל הגע בטל. אבל באופן אחר לא משכחת לה. דבכו"ס של עובד כוכבים גרידא סבירא ליה לעיקר לדינא כדעת רש"י ורמב"ם דאפילו כמש"ע במידי דבעי שיעור לא שייך גבייהו. ואפילו כשזכה בו ישראל אח"כ דלא מהני ביטול מ"מ א"צ לשורפו. וכן בכו"ס של ישראל מתחלתו א"צ שרפה [ולא אמרינן כל העומד ליגנז כגנוז דמי אפי' לר' שמעון. כמ"ש הפר"ח אהע"ז סי' קכ"ד ושעה"מ פ"ד מה' גירושין] אבל בלאי מיירי בפשטא. או בכו"ס של ישראל או בשל עובד כוכבים וזכה בו ישראל מ"מ א"צ לשורפו. דלא עדיף מכו"ס של ישראל דא"צ רק גניזה. ואפ"ה בקורה דצריך שיעור פסול דכמש"ע. ולפי"ז תו לא קשה מידי מכל קושיות המבוארים עוד שם:

ג **איברא** בעיקר הדין דפסק הרמ"א דכל העומד לישרף כשרוף דמי כר' שמעון. והוא נגד הכלל שנמסר לנו במס' עירובין [דף מ"ו], זולת במקום דמוכח להדיא. הנה הבית שמואל רבות עשה בזה שהוכיח מהרמב"ם בהלכות תרומות [פרק י"ג ה"ו] גבי סאה תרומה דפסק כר' שמעון. איברא הגם שדברי קדשו הם כלפיחית בדבש. שהפליג לתרץ הקושיות והוויית מדברי רמ"א. והביא עלה מרחוק ליסוד הדברים: אבל עודנו לא שבעה נפשנו לבנות בנין חזק על יסוד רפוי. שדברי רמב"ם הן המה רק באיסור דרבנן. שגם המה לא עשו רק לחומרא בעלמא. שמדאורייתא בטל ברובא ומותר באכילה. שמפני גזל השבט לא נאסר המדומע. והם החמירו עד מאה ויאסור אח"כ את המדומע עד שירים. ובענין קל כזה סמך הרמב"ם על דברי ר"ש. וגם בזה החמיר בפירושו דהלכה כחכמים. ואיך נסמוך אנחנו להקל באיסור דאורייתא לבטל הגט לגמרי, דמשמע שאין קידושין תופסין בה. לכן לפענ"ד נראה דמקור הדברים מריש חגיגה גבי חצי עבד וחצי בן חורין. למשנה אחרונה דמחוייב בראיה עיי"ש [דף ד' ע"א] בתוס' ד"ה לא וכו' אלא משום דעומד לכוף את רבו כמאן דשיחררו דמי. אבל התם כיון דמית איגלי מלתא דלא הוי עומד לשיחרור, עכ"ל. ונראה דכל כהאי גוונא שיש בידינו לכופו מתחלה הוא נידון כאילו כבר נעשה. והוא ענין ממולע. שבין לר"ש בין לרבנן דינן מתחלתו כאילו נעשה:

ומעתה דוק ותמצא שמשה הדרגות יש. א] בדבר שיש בו מהידור מצוה ואין כופין. כגון בפרה אדומה שנפדית ע"ג מערכתה כשנמצא נאה הימנה. או אפי' בדבר שכופין וכבר עבר הדבר. ואי אפשר עוד לתקן הדבר על מכונו כגון בלן לפני זריקה דאי אפשר לזרוק עוד. בהכי גוונא פליגי ר"ש ורבנן. עיין [ב"ק ע"ו מנחות ק"ב ע"ב] ובדבר שאין כופין רק שהוא מצד הכרחית הטבע כגון בעומד ליקצר, עיין שבועות [דף מ"ג ע"א]. ובעומד לחתוך, עיין חולין [דף ע"ג ע"ב] גם בהדרגה זו היא פלוגתא דתנאי. ולכל הפוסקים פסקינן כאילו נעשה [ולדעת ר"ן שבועות גם חכמים מודים דכבלורות דמיא. ולא פליגי רק בצריכים לקרקע קצת]. איברא בהדרגה זו עצמה יש קצת פחות ממנה שאינה מן ההכרח כל כך. אבל ביותר מסתבר לצד אחד מן הספקו. כגון בעומד לתרום. שהרי איפשר שימכור כולו לכהן חוץ מאותה סאה שנפל, גם בזה פליגי ר"ש ורבנן [בפרק ה' דתרומות משנה ח']. ופסק הרמב"ם כרבנן. ועיין שעה"מ בה' גירושין [פרק ד' הלכה ג']. איברא בדבר שכופין והכל כופין עליה. בזה לכולי עלמא כשנידון פני הדבר עודנו עומד לכפותו וככפוי דמי וכאילו כבר נעשה. שהרי סמכינן על זה אף להקל גבי חצי עבד וחצי ב"ח דמביא קרבן ראייה ולא חיישינן לחולין בעזרה. ומהאי טעמא בדבר העומד לישרף. דהיינו בכו"ס של עובד כוכבים שעבדה לדעת ישראל. שהוא מצווה ועומד לשורפו מדאורייתא והכל כופין עליה. כמו בעשה סוכה ואינו עושה. אזי לכולי עלמא דנים על שם סופו. ונראה ראיה ברורה שאין להשיב עליה ממ"ש גיטין [דף כ' ע"ב] בין שטה לשטה מהו תיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ולא שנים ושלשה ספרים. ובע"כ צ"ל משום דעומד לחתוך כחתוך דמי. וכן כתב ר"ן וריטב"א. ומאי קושיא אם היה איבעיא ליה אליבא דרבנן דר"ש. ורבנן דר"מ בשבועות. ואליבא דר"י [פרק י' במסכת מקואות]. אלא בע"כ צ"ל משום שיכול לכפותו אזי לכ"ע דנין כאילו נעשה [עיין בבית מאיר שם. אך לא אזיל בטעם זה]. ודברי רמ"א נכונים וכנים:

ד **ועוד** כדמות ראיה לזה. מדנחתי תוס' סוטה [כ"ה] בד"ה לאו כגבוי, לחלק בין עומד לגבות לעומד לשרוף. הלא לדינא הדברים במשרים, דאנן פסקינן כב"ה ופסקינן כחכמים דר"ש. אלא דאזדי לטעמייהו בחגיגה דהיכא דעומד לכפות דנין ככפוי. ומשום הכין הוא דקשיא להו כיון דעומד לכפותו ולהגבות לבע"ח ואפ"ה לאו כגבוי. ולהכי ירדו לחלק בין שצריך לב"ד דוקא דמחוסר מעשה. לדבר שביד כל אדם. כדאיתא שבת [דף מ"ו ע"ב]:

ה **עיין** בקצוה"ח [סימן ג' ס"ק א'] שכתב דאפילו יחיד מומחה שיכול לדון. אבל לכפותו צריך ב"ד דוקא. ומדאורייתא בשלשה מומחין ואנן שליחותייהו קעבדינן כמו בגט מעושה דכתיב לפניהם. וגט מעושה ע"י הדיוטות פסול. ובנתיבות המשפט משיג עליו שם דדמי לעשה סוכה ואינו עושה. וכו' דביד כל אדם לכפותו לקיים מצות הבורא ית"ש. וכתב שסי דלהפוסקים שיעבודא לאו דאורייתא רק מצד כפייה הרי זה ביד כל אדם לכפותו. וכמו בנרצע שמלאו ימיו דביד רבו להכותו כדי להצילו מאיסור שפחה. ובמשובב נתיבות משיג עליו. וכתב שם דגם בסוכה ואינו עושה צריך ב"ד כמו בגט מעושה. וגם בנרצע אינו רשאי להמיתו רק להכותו. שהרי רק ברודף אחר ערוה רשאין להמיתו קודם שעבר עליו. ולא בכל התורה כולה. אלמא דאפי' להפרישו מאיסור אינו רשאי להמיתו קודם שעבר עליו. ואח"כ ניתן ביד סנהדרין. ולפענ"ד נראה דבעיקר הדבר שכתב הקצוה"ח הדין עמו דוודאי בדברים שבין אדם לחבירו ותלוי הדבר גם בצד שכנגדו פשיטא דאין ביד כל אחד לכפותו, והיינו טעמא דגט מעושה הגם שהוא מצד הדין. אבל עודנה תלוי בדעתה כמ"ש תוס' ריש זבחים בד"ה סתם. לכן למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא פשיטא שאין ביד כ"א לכפותו:

ו **איברא** מה שהוסיף במשובב נתיבות דאפילו בסוכה וכדומה צריכים דוקא ב"ד זה אינו דבדבר שאינו תלוי בשכנגדו לא ניתן לזה תורת ב"ד וביד כל אחד הוא. וראיה ברורה לזה מתוס' חגיגה הנ"ל. דגבי חצי עבד וחצי ב"ח דכיון דכופין דנין על שם סופו. ואם אמרת דצריך ב"ד כבר נגמר הדין בתוס' סוטה [כ"ה] דלא אזלינן בזה בתר סופו. ומשום האי טעמא סבירי ליה לבית הלל דלאו כגבוי דמי. ואינו דומה לגט מעושה דתלוי ביד האשה משא"כ בחצי עבד דאינו תלוי בדעת העבד. רק משום מצוה רבה הוא דכפינן ליה ודמי שפיר לשאר מצות עשה דכפיי' ניתנה ביד כ"א. ומה שמעורר במש"כ מאי שנא נרצע מכל איסורי' שבתורה. אפשר לומר דשאני בין איסור עולם לאיסור שעה. דבאיסור עולם היכא דאי אפשר להפרישו ע"י הכאה לחוד והמיתו אין לזה משפט מות [דלא חמור כרודף אחר עריות דאפילו היכא דיכול להצילו בא' מאיבריו וכמ"כ בחייבי לאוין והוא איסור עולם]. ועיקר חילוק זה מבואר בש"ע [סוף סי' תכ"ה ובסמ"ע ס"ק כ"א] אלא דהתם שכל עיקר איסורו אינו אלא דרבנן אינו רשאי להמיתו בידים אפי' באי אפשר להצילו בענין אחר. משא"כ בשפחה כנענית כיון שאיסורו איסור עולם וא"א להפרישו ע"י אחד מאיבריו. נמצא מזה דתוס' סוטה סברי ג"כ לעיקר כאשר תירצו בחגיגה. ולא כאשר תירצו בעירובין עיי"ש [דף ב' ע"ב] ד"ה במשנה ראשונה:

ז **עיין** בשער המלך [פ"ב מה' חגיגה] שהקשה על תירוצם בחגיגה הנ"ל מגיטין [מ"ב ע"ב] דבעי למיפשט מהפיל את שינו וסימא

וסימא את עינו וכו'. ולדעת תוס' הנ"ל מאי קשיא ליה דשאני התם שעודנו חי והוא בר כפייה וכמשוחרר דמי. ועיין בזית רענן חלק ראשון [דף פ"ז ע"א אות ו'] מה שכתבתי שם. ולפי דברינו הנ"ל התם שאני כיון דכולו קנסא. וקנס לא חייבו רחמנא עד שעת העמדה בדין. והיכא דבעינן העמדה בדין דומה לשטר העומד לגבות. ועדיף עוד ממת קודם שכפוהו שהיה עומד לכפותו עד שלא מת. משא"כ בקנס שלא עמד בשום פעם לכך. רק ע"י ב"ד דווקא וזה בכלל מחוסר ולא בסוג העומד. ועיין מש"כ בזה [באות ט' וח"י]:

ח **באופן** אחר נראה ליתן מקור ויסוד לדברי רמ"א הנ"ל. דהיכא שכופין לשורפו אמרינן כשרוף דמי אפילו לרבנן דר"ש שמבואר פלוגתא דאביי ורבא דלאביי אמרינן למפרע הוא גובה. והיכא דזבין מלוה או אקדשיה כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מלתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין. ואנן פסקינן כרבא. ועיין גיטין [דף מ'] בתוס' ד"ה הקדש וכו'. תמלית דבריהם שם דהיכא שאינו יכול לסלקו במעות וגם אם מכרו גובה מן הלוקח. ואין יכול לסלקו בזוזי. אזי גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה. ואם אקדים מלוה קודם שטרפו מהני למפרע:

ט **ולפי"ז** גם באני עבד ואני ב"ח שהיה עבד של שני שותפים ושיחררו אחד. אע"ג דלגבי האדון שלו עודנו ברשותו כמקדם. ולא יצא מרשותו כלל. ולא היה ברשות עצמו מעודו אפ"ה כיון דרשות ב"ד עליו לכופהו לשחררו דינו כאילו כבר כפוהו. דכיון דמסתמא יבא לידי כך אמרינן ג"כ דלמפרע הוא גובה. ולהכי מחוייב בראייה לדעת תוס' חגיגה הנ"ל [ואין להקשות דא"כ יהיה מותר ג"כ בבת חורין. דזה אינו דהוה כתרתי דסתרי אהדדי. דמידי טעמא דכפינן לאדון אלא משום שאינו יכול לישא ב"ח]. והשתא מרווח לן דאפילו אם נימא דדוקא ב"ד יכולים לכופו. ולא ע"י איניש דעלמא כמש"ל [באות ו'] דכיון שאינו יכול לסלקו ולמוכרו. אזי דנין אותו כאלו כבר יצא לחירות. דלמפרע נכנס ברשות עצמו כמו בגזל ולא נתייאשו הבעלים והקדישו הנגזל ואח"כ העמיד את הגזלן בדין והוליאו מידו בב"ד דקדיש כמ"ש בש"מ בב"ק [דף ל"ג] בשם הרא"ש ועיין לקמן בחלק חשן משפט בדיני גזילה שביארנו טעמו משום למפרע ה"ג [שכן נראה יותר דכפיי' זו ניתנה לב"ד דוקא. שהרי צריך לכתוב שטר ע"ד. ולמש"ל צ"ל דעיקר כפיי' לשחררו הוא ביד כ"א. אבל אח"כ צריכים לגמור ע"י ב"ד בדבר שבממון. ועיין מש"כ [באות ח"י] שלא יקשה עפי"ז קו' שעה"מ הובא באות ז']. ולא תיקשי לך מדברי תוס' סוטה. דלהכי פסקינן דלאו כגבוי דמי דהוי כדבר שלא בא לעולם ע"י דצריכים לב"ד. דהתם שאני דע"י זה יליבא מלתא דנדחה הגביי' לגמרי משום ספק סוטה. רק דמפני זיקוק דב"ד מדחינן את כח העומד. אבל היכא דסוף סוף בא לידי גביי' אזי אמרינן דלמפרע גובה. ותדע דאי לא תימא הכי תיקשי לאביי דס"ל למפרע ה"ג ואי זבין מלוה שפיר דמי. ולא אמרינן דהוי כדבר שלא בא לעולם:

י **וגם** לדברי תוס' ריש ערכין דמפרשי מטעמא אחרינא. הא דחצי עבד דמחוייב בראייה למשנה אחרונה. היינו משום דסברי דחציו עבד שאני. כיון שמעולם לא היה שלו ולא ברשותו. ואדרבה כבר היה של האדון וברשותו ועודנו לא יצא מרשותו רק משום כפייה דסופו. אזי כל זמן שלא כפוהו אי אפשר שישתנה ויתהפך הדבר לגמרי להוציאו מרשות אדון ולהעמידו ברשות עצמו לגמרי מה שאין כן בעומד לשרוף. שכל הנידון הוא רק לבטל רשות וזכות הבעלים. אבל בגזל ולא נתייאשו הבעלים שהיה שלו מעיקרא רק שלא היה ברשותו. גם הם מודים לדינא כדברי הש"מ בשם הרא"ש המובא לעיל באות שלפני זה:

יא **ועפ"ז** הלעת הדברים הנ"ל נראה דבאיסורי הנאה שכופין לשורפו כגון בכו"ס שעבדו עובד כוכבים לדעת ישראל וכמש"ל [אות ב'] דגם טרם שכפוהו לשורפו כבר יצא מרשותו. מידי דהוי בחמץ דאינו ברשותו מפני שנאסר בהנאה. ואפי' לדעת ריטב"א במס' סוכה [דף ל"ה] דאיסורי הנאה מיקרי לכם. אבל גבי חמץ דהכל מצווים לבערו, אמרינן להדיא דאינו ברשותו. רק דעשאן הכתוב כאילו הם ברשותו. כמ"ש במקו"ח [סי' תל"א]. וא"כ עדיפא עוד למילתיה מגזל ולא נתייאשו הבעלים דאמרינן ביה דלמפרע שלו אע"ג דטרם שכפוהו הוא ברשותו מכ"ש באיסורי הנאה שכבר יצא מרשותו ע"י גמר דין שנגזר עליו משמים שהכל מצווין לשורפו, אזי פשיטא דאם כפוהו אחר כך לשורפו. דכשרוף דמי למפרע. ועיין היטב בב"ק [דף מ"ה ע"א] ד"ה השתא וכו' וז"ל כיון שנפסד ע"י שנפל בידו חשוב היזק ניכר יעו"ש. והכא נמי אע"ג דלא נגמר הדין בב"ד. דלזה שווים כל איניש דעלמא. כמו ב"ד הגדול שבירושלים:

יב **ועוד** יש להסביר קלת מטעם אחר. כיון דאנן פסקינן בחו"מ [סי' נ"ה סעיף ב'] דענבים העומדים לבלור כבלורות דמיין. א"כ גם בעומד לשרוף נמי נימא הכי. אלא דיש לחלק בין דבר שעומד מלד הטבע לבין דבר שאינו רק ע"פ דין. כמו שהכריח בעל שער המלך [פ"ד מה"ג] תוך ד"ה וראיתי. מר"כ ור"א דסברי במנחות [דף ק"ב] דלא אמרינן אליבא דר"ש כל העומד ליזרק דמחוסר מעשה. וקשיא להו מפ"ה דתרומות [משנה ח'] דס"ל כל העומד לתרום. אלא ודאי דשאני התם דמסתמא יתרום ולא ימכרנה לכהן. וכיון שכבר הוכחנו מדברי תוס' גיטין לעיל [אות ח'] דהיכא שיכולין לכפותו למפרע הוא שלו לכל דבר להקדישו ולמוכרו. ובדבר שבידו הגם שמלד הטבע יבא לידי כך אעפ"כ לא מהני למפרע טרם שעשאו. עיין נדרים [דף ל"ד ע"ב] בככר של הפקר והקדישו. ועיין ברא"ש שם שמביא בשם הר"א ממיץ דאיירי דליכא אחר בכל המקום הזה והקדישו לכשיזכה בו יהיה הקדש. אלמא אע"ג דפשטא משמע שהקדישו מיד. הוליאו הדבר מפשטא משום דלא מהני כשהקדישו מיד. אלמא דבדבר שכופין. יפה כחו למילתיה מדבר שבידו ועשאהו. וכיון שיסוד זה נכנס ממשמעות רבותינו הראשונים. להכי פסק רמ"א כוותיה דבדבר שכופין לשרוף כשרוף דמי. דנשמע במכל שכן דהעומד לבלור:

אח"ז ראיתי בבית מאיר [סי' קכ"ד ס"ק א'] שכתב בסתמא שנשמע מעומד לבלור. ונעלם ממנו הוכחות שעה"מ הנ"ל שכל שהטבע מכריחו. עדיף מהמוכרח ע"פ הדין. גם ראיתי בס' אבן פנה שכתב דטעמא דרמ"א. דהשם דפסול בכתב על קליפה של בצלים דאינו מתקיים. הוא הדין בדבר העומד ליפרף. ואין דמיונו עולה יפה. וכמש"כ לעיל דהתם אינו מתקיים בעצמותו. ואיכא נפקותא רבה לדינא. דלטעמייהו אפי' כתב על של ערלה וכלאי הכרם ג"כ עומד ליפרף ובטל הגט. ואילו למאי שכתבתי הוא דווקא בדבר שמצותו בשרפה וכופין אותו מפני שמחוייב לשורפו. משא"כ בערלה וכלאי הכרם שאינו מחוייב לשורפן. כמ"ש הריטב"א להדיא בסוכה [דף ל"ה] רק מפני התקלה. וכן אפי' בכו"ס של ישראל ג"כ אינו צריך לשורפו רק לגונזו כמש"ל [אות ב']. ולא משכחת ליה דינא דרמ"א הנ"ל רק בכו"ס של עובד כוכבים שעבדו לדעת ישראל דגלי אדעתיה דניחא ליה. והוי דומיא דאשירה דמשה וכמש"ל:

יג **עודנה** הדבר חובה עלינו לבאר. דלכל הטעמים שכתבנו לתרץ דברי רמ"א. עודנו תיקשי מקושיית הש"ס [מנחות ק"ב ע"ב] דלר"ש נותר ופרה אמאי מטמאי טומאת אוכלין דהא עומד ליפרף. דהא לרבנן נמי דכיון דכופין לשורפו דין לכל דבר על שם סופו. איברא לקושטא לא קשה, דבשלמא לרבנן לא קשה דלא מיבעיא לדעת רש"י [חולין פ"א] דמיירי ע"י הכשר שרץ הרי נפסלה. ושוב אינו עומד לשרוף. וכן נותר איירי בכהאי גוונא שנאבדה החתיכה אחר כך. ואפי' לדעת תוס' בב"ק [דף ע"ז] בד"ה פרה. לתירוץ האמלעי שם. דמפני שסופו לטמא טומאה חמורה אינו צריך להכשר טומאה. מ"מ משכחת לה שיטמא טומאת אוכלין כשנפסלה אח"כ שוב אינה עומדת לשרפה. אבל לר"ש קשי' כיון דאז היתה עומדת לשרפה בשעה שנגעה באוכלין דדינו כשרוף. כהם דסבירא ליה בעומד לזרוק אם היה שהות ביום לזרוק כזרוק דמי אע"ג דשוב אינו ראוי לזרוק דנפסל בלינה:

יד **ויש** לחקור לדינא דרמ"א דלדבר שכופין לשורפו כשרוף דמי. אם איתא ג"כ גבי מזיק אם חשוב כהיזק הניכר. וחייב אפי' בשוגג. וכן בגזלן דיכול לומר הרי שלך לפניך. אם בכה"ג נמי נימא דגבי מזיק חייב אפי' בשוגג. פשיטא דגבי גזלן אין יכול לומר הרי שלך לפניך דקנאה בשינוי. כדמוכח בגיטין [דף נ"ג] בתוס' ד"ה גזלן. אלא אם נימא דגבי מזיק פטור אפ"ה אפשר דגבי גזלן אין יכול לומר הרי שלך לפניך. דלהיפך אינם אדוקים זה בזה. כדמוכח בב"ק [דף נ"ח] השבה מעליא בעי למיעבד. והנה בדין מזיק אין להביא ראיה ממנסך [שם בגיטין] דשאני התם שאינו אלא תקרובת עכו"ז ואין כופין לשורפו. ולדעת תוס' בב"ק [דף ע"ב] בד"ה דאי: גם איסורו בהנאה אינו אלא מדרבנן, איברא יש להביא ראיה מההיא שפגלו

שגזלו במקדש מזידין חייבין [גיטין דף נ"ד]. ה"מ דחשוב כהיזק שאינו ניכר. אע"ג דמצוה לשרפו וכופין עלה. דכל שפסולו בקדש חייבו רחמנא לשורפו. [אבל מתרומה טמאה דחשיב שם בגיטין, ליכא ראיה ברורה. דלדעת רש"י ותוס' בתירוץ קמא (שבת כ"ה ובתוס' ד"ה כך) אינו בשרפה אלא מדרבנן. וגם מותר בהנאה בשעת שרפה]. אבל בגזלן ובדבר שמחוייב לשורפו מדאורייתא. נראה מצד הסברא דלדעת רמ"א דגט בטל משום דעומד לשרוף כשרוף דמי, פשיטא דלאו השבה מעליא הוא. וכן בחמץ אם מחזירו בפסח כמו כן לאו השבה הוא כיון דהכל מצווים עליו לבערו. וכן מבואר בחק יעקב [סי' תמ"ח]:

ומה שמשיג עליו בקצוה"ח [סי' שס"ג] דאם כן לאחר פסח נמי. כיון שכבר קנאו בשינוי. חדא דלהיפך לא מצינו שיתחייב הענין בדבר דלא מיחשב להשבה שיהיה כשינוי. ועוד כיון דעבר עליו הפסח ולא נשרף איגלאי מילתא למפרע דלאו כשרוף דמי. דדמי למאי שכתבו תוס' ריש מס' חגיגה בסוף הדבור גבי הפיל שינו. כיון דמת איגלאי מילתא שאינו עומד לכפות. והכא נמי כיון דעבר הפסח ולא נשרף שוב אין הכל מצווים עליו. וגם הוא א"ל לשורפו אלא מפני התקלה. וכל כי האי גוונא לא אמרינן דכשרוף דמי. כמש"ל [אות י"ב]. ולהכי אפי' לדעת הפוסקים דיאוש ושינוי השם אפי' חוזר לברייתו קונה. זהו היכא דמיהת בשעתו היה שינוי השם. [ומזכרתי שזה כבר שמעתי בשם ש"ב גדול אחד שליט"א. לתרץ דברי הח"י באופן הזה קצת]. איברא נראה שבעל קצוה"ח ג"כ מסכים. דלדעת רמ"א לא הוי השבה יעוי"ש:

טו הא דכתבנו לעיל [אות י"ג י"ד] היכא דנסתיים מילתא דלא נשרף לבסוף. אזי לרבנן דר"ש דפסקינן כוותייהו לאו כשרוף דמי. לכאורה נראה מדברי תוס' במס' חגיגה דהכתי מידי ספק לא נפקא. שהרי בכהאי גוונא מיבעי' לן לענין קנס ולא נפשטה. וי"ל דמכל מקום מיבעיא ליה בזה כיון שאינו זוכה במעשה ידיו לאו אדון הוא. כדמשמע שם מפשטא דגמרא. איברא יש לחלק ברווחא. דוודאי היכא דלא נגמר הענין ע"י סבה דשכיחא. או ממילא. בכהאי גוונא הוא דאמרי' דאיגלאי מילתא למפרע דלא עמד לשחרר או לשרוף. אבל כשנולדה סבה חדשה דלא שכיח. אזי בכל כהאי גוונא לא אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע. ואעידה שלשה עדים על מבוכה זו. עיין יבמות [דף ס"ה] תוס' ד"ה אי איהו כו' בסוף הדבור, וז"ל וא"ת דבפ"ק דנדה [דף י"ב] אמר גבי אשה שאין לה ווסת לא יחזיר אפי' הדר ואיתקן משום קלקולא. והשתא והא אין יכול לקלקלה דאמר השתא הוא דבריית כדאמרינן הכא. ואומר ר"י דלא דמי דקלקול בנים אין רפואה מועלת כל כך. ולכך בשעה שגרשה לא היתה בת בנים דלא שכיח שתתרפא, לגמרי מגרש לה. אבל קלקול דווסת שכיח להתרפאות ולא גמר ומגרש לה. דיאמר אילו הייתי יודע שסם מועיל לה לא הייתי מגרשה, עכ"ל. ועוד ראיה. עיין נמוקי יוסף ריש פ' החולץ, וז"ל ור"ל אמר וכו' ופסק תלמודא בסמוך דהלכתא כר"ל דחליצת מעוברת לא שמה חליצה ואע"ג דהפילה לבסוף לא אמרי' איגלאי מילתא למפרע שהעיבור לאו כלום הוא. דאע"פ דבכמה מקומות קיי"ל איגלאי מילתא למפרע אמרינן. שאני הכא שאם בשעה שחלץ לה היה וודאי שלא היתה ראויה לבא לכלל לידה. אין הכי נמי דהוה עיבור כמאן דליתא דמי. וחליצה שחלץ לה כשירה. אלא שאינו כן דאיכא חיים דילמא באותה שעה ראויה היתה לילד ולד גמור אלא שאחר כך גרם לה איזה דבר להפיל. נמצא דחליצה דמעיקרא לאו כלום הוה, עכ"ל. ועוד ראיה מב"ק [דף קט"ז] תוס' ד"ה אדעתיה דאריה אפקריה כו' וז"ל לא דמי להא דאמר באלו מציאות [דף כ"ד] המציל מן הארי ומן הדוב כו' הרי הוא שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם. דהתם וודאי שהארי בא לטרוף כדמשמע המציל מן הארי. מתייאש לגמרי. אבל הכא הארי היה עמהם והיה מלווה אותם לשמור בהמותם מחיות ולסטים רק שהיו נותנים לו לאכול חמור בכל לילה. ואפשר שפעמים היה שבע ולא אכל הלכך אינו מפקיר אלא אדעתא דאכלה ליה אריה והא לא אכיל ליה, עכ"ל. וטעמא דכולהו דכשם שאין פותחין בנולד משום דנולד לא משוי לנדרא בטעותא. ומבואר שם בגמרא דמידי דשכיח אינו בכלל נולד. ועל יסוד זה בנויים הני מילי כולהו. וזהו כוונת תוס' הנ"ל. דגבי מציל מן הארי שנולד סבה מחודשת להצילו מן הארי לכן זכה מן ההפקר משום דלא משוי ליה למילתא בטעותא. משא"כ גבי רב ספרא דנודע השתא דהיה שבע השתא. ואיגלאי מילתא למפרע. דמעיקרא כשהפילו לפניו היה שבע. ומשוי ליה למילתא כטעותא למפרע. [ולקמן סימן כ"ג אות י"ג יתבאר זה בתוספת ביאור קצת]. והיינו טעמא דגבי קנס מיבעי' לן משום דנולד סבה דלא שכיחא כלל. כדאיתא בגיטין [דף ע"ג ע"א] ה"מ אכלו ארי אין לנו. ועיין בתוס' שם דשלשה הדרגות יש. אונסא דשכיחא, ושכיחא ולא שכיחא, ואונסא דלא שכיחא כלל. איברא היכא דנתבטלה הכפייה מן האדון. או לישרף העומד לשרוף ע"י מקרה דשכיח. דעל ידי זה איגלאי מילתא למפרע שהיינו מחזיקין הענין בטעותא. בכל כהאי גוונא ליכא ספיקא כלל דלאו כשרוף הוא למפרע. רק לר"ש, כמש"ל [אות י"ג]. וכן גבי שיחרור:

טז איברא עודנו צריכים לפרק מעלינו ומדברי קדשו של רבינו הרמ"א הנ"ל שני סוגיות שלימות. דאיתא בר"ה [דף כ"ח] אמר ר"י בשופר של עיר הנדחת לא יתקע ואם תקע לא יצא. מ"ט עיה"נ כתותי מש"ע. ואם נימא דבדבר שמחוייב לשורפו מן התורה. אזי גם לרבנן דר"ש כשרוף דמי. וזה הטעם כולל יותר לכל פרטותיהן. דאפי' בגיטין וס"ת ותפילין ומזוזות ופרשת סוטה נמי פסולין מהאי טעמא אע"ג דלא בעי שיעורא. משא"כ מפני דכתותי מש"ע. ועיין במס' סוכה [דף ל"א] בתוס' ד"ה באשירה. דמפני כעין קושיא זו מחקו הגירסא הישנה. דבעל מימרא זו לאו רב יהודה אמרה. דמפרש בעיה"נ משום דכתותי מש"ע. ולרב יהודה הו"ל משום דמצות ליהנות ניתנו. וכוונתם, דזה הטעם כולל יותר דגם גבי כסוי אסור. עיין חולין [סוף פ' כסוי הדם]. ובשלמא הא דאמרינן בסוכה [דף ל"א] הכא באשירה דמשה דכתותי מש"ע. וכן בחולין [סוף דף פ"ט] אמר רב אשי הכי השתא התם שיעורא בעינן. לא קשיא לן, דאיכא למימר דטעמא דכתותי מש"ע כולל יותר במקומו. שהרי כמה אשירה איכא דלית בהו טעמא דכשרוף דמי. כגון באשירה של ישראל. או של עובד כוכבים וזכה בה ישראל. דאינו טעון שרפה רק גניזה. [ולא כל העומד ליגנז כגנוז דמי, כמ"ש לעיל אות ב' בשם הפר"ח]. וכן אשירה של עובד כוכבים לדעת ר"ת. דבכולהו אינם עומדים לשרפה. וכן בלולב ושופר של תקרובת. דמשום כמש"ע איתא בכל הני. משא"כ משום דכשרוף דמי:

[ובזה מתורץ היטב מאי דנקט אשירה דמשה. שכבר נתבערו לאחר כיבוש והוי ליה למימר באשירה דישראל. ולפי' ר"ת הו"ל כאן קודם ביטול וכו'. ונראה דבזה מרמז לן כל עיקר הדברים. למען נדע עיקרו וטעמו. דלאו משום העומד לשרוף הוא דפסול. רק משום כמש"ע. דאיתא בע"ז [דף מ"ה] דאינם מחוייבים לשורפם קודם כיבוש. דכיבוש קודם. דרדוף ואח"כ שרוף. וממילא האשירות שהיו בימי משה בעבר הירדן שהיה קודם כיבוש. אי אפשר לומר בהם דכשרוף דמי. דעודנו מחוסר כיבוש (רק) דהשתא במחוסר [רק] העמדה בדין לא אזלינן בתר סופו. כמ"ש תוס' [סוטה כ"ה] מכש"כ במחוסר כיבוש מלחמה. וממילא נדע דגם בכו"ס שאינו מחוייב לשורפו ודי בגניזה לבד ג"כ פסולים. וכמ"ש תוס' [יבמות ק"ג] וכמש"ל [באות ב'], אבל מפני דכמש"ע גם אשירה דמשה פסולין, שהרי דינן בשרפה. רק דמצות כיבוש קודם. וזה דבר נמרץ ונפלא בעז"ה ית"ש]. אבל בעיה"נ דלעולם מחוייב לשורפו הו"ל למימר האי טעמא דשייך גם בכל הני דאמרן. גם קשיא מסוגיא דב"ק [דף מ"ה] גבי שור הנסקל. דלאחר שנגמר דינו החזירו שומר או הגזלן לבית בעליו מוחזר. עיי"ש ובדף ל"ח שם. [וחכמים דפליגי עלי' דר' יעקב. הוא מטעמא אחרינא. או משום דחשיב כהיזק הניכר. כיון דאין גומרים דינו של שור אלא בפניו. לכן כשנפל ביד ב"ד לסוקלו ברשות ב"ד עליו. דמי לשור תם שהזיק אבל שומר דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך. אפי' לר' ישמעאל. כיון דמכל מקום נשתעבד לניזק חשיב היזק הניכר]. ולשיטת רמ"א קשי' כיון דנגמר דינו לסקול כסקול דמי. ואפי' לר' יעקב דסבר גומרים דינו של שור שלא בפניו. אמאי יכול לומר הרי שלך לפניך כיון דעומד לסקול. איברא רבינו הרמ"א יש לו אחוז בבי מלכא. שלא עליו לבד התלונות האלה. שגם לדעת תוס' חגיגה בחצי עבד ג"כ ישנו בלכתן:

אבל לאחר העיון נראה. דעד כאן לא מחתכין את פני הדבר בשעתו. ודנין את פני הדבר בתר סופו. אלא בדבר שמסתמא עומד לכך. ולא יתבטל את הנגזר עליו אלא עפ"י סבה רחוקה. לכן בכל מילתא שמתקיים פני הדבר לכל הלכותיהן ע"י הודאת בע"ד לבד. וכיון שהודה בפני ב"ד בדרך הודאה גמורה. שכבר

העבד

העבד משוחרר חציו. או ששותפו הודה בפני ב"ד שיחרר את חלקו. שוב אי אפשר להרוס הדבר מעיקרו. לכן כיון שעומד הדבר לכפותו בעל כרחו שישחררו. דנין כאילו כבר נעשה. וכן כשהודו הבעלים שעכו"ם עבד לכו"ם מדעתו. אמרינן ג"כ כיון שכופין אותו לשורפו. דנין את פני הדבר כאילו כבר נשרף לכל הלכותיהן. אכן בעיה"נ וכן בשור הנסקל דאי אפשר להקים דבר. רק ע"י עדים. ואפי' כשהודה גם הוא בעצמו. כשיבואו עידי הזמה ויזימם נעקר הדבר מעיקרא. לכן אי אפשר לדון על שם סופו. כיון דאפשר שעודנו לא חטא מאומה. וראי' לזה עיין כריתות [דף כ"ד] אמר ר"י א"ר מודים חכמים לר"מ באשם תלוי שהוזמו עדיו דילא וירעה בעדר. עד כאן לא פליגי רבנן עלי' דר"מ אלא היכא דאפרשי' עפ"י עצמו. ואמרינן לבו נוקפו. אבל היכא דאפרשי' עפ"י עדים לא הוי סמיך עלוי דעדים. דסבר דילמא אתו אחרים ומזמי להו. ועיי"ש היטב ובתוס' ד"ה אם עד שלא נסקל. איברא מדברי רש"י שם בד"ה שהוזמו עדיו. לכאורה נראה דווקא כשידע בעצמו שלא חטא. הוא דמסיק אדעתיה על זוממין:

אבן כד דייקינן גם בלא זה צריכים לומר שאין הדברים האלו כפשוטן. דאי בידע בבירור שלא חטא איירי. א"כ אינו מחוייב כלל להפריש עפ"י עדים לחכמים דר"מ [בכריתות י"א ע"ב] דכשם שאינו מחוייב חטאת עפ"י עדים לדבריהם דאדם נאמן על עצמו. פשיטא דגם אשם תלוי פטור. גם קשי' לר"י דפליג עלי' ואמרינן מאי טעמא לא מדמי לי' למנחת קנאות וכו' הכא לכפרה קאתי ולבו נוקפו. ואי ביודע בברי שלא חטא. כפרתו איה. ואיפוא נקיפתו. אלא הכי פירושא דמסתמא איירי שאין בקירות לבבו שום לד ספק. דא"כ לאו אפומא דסהדי לחוד הפריש. רק שעל ידם נתעורר לד ספק בקירות לבו. וקשיא לרש"י כיון דעפ"י סהדי הפריש קרבנו ותלה החסרון בידיעתו. משום מילתא דלא רמיא עלי'. אם כן בשגם כי הוא במציאות שיוזמו. מכל מקום גמר ומקדיש ליה שרחוק במציאות שיוזמו עד שלא יזרק הדם. ואז כבר נגמרה כפרתו. לזה כתב רש"י לקרב הדברים לדעת נכונה. דנהי דסילק ידיעתו נגד העדים והפריש. אבל מכל מקום נקיטא בלביה חסרון ידיעתו בשום רושם נדנוד ספק. וירא גם כן גם בהיפוכו משום חולין בעזרה. לכן חקר ודרש על אמיתתם אולי ימצאו זוממים. וכיון שחפש ומצא אמרינן איגלאי מלתא למפרע שלא סילק חסרון ידיעתו לגמרי. ולא גמר בלבי' להקדיש לגמרי. ור' יוחנן ס"ל דסילק לגמרי חסרון ידיעתו. וסמך רק על העדים מתחלה ועד סוף וגמר ומקדיש ליה. איברא אכתי אין ראי' מוכרחת משם דשאני התם שהוזמו לבסוף. אבל בלא הוזמו מנא לן דספיקא כזה נכנס בכלל סוג ספק כלל. אבל לאחר עיון מלינן להדיא גם בכגון זה דדנין פני הנידון משום ספק זה אפי' בדיני נפשות. עיין סנהדרין [דף פ"א] בתוס' ד"ה ונגמר וכו' וז"ל וי"ל כיון דאי מתזמי קמאי או מתכחשי מהני סהדותא דבתראי. עדות שאתה יכול להזימה קרינן ביה עכ"ל. הרי להדיא דמשום האי טעמא נתקיים עדותן ונידון בחמורה. לכן גם בשור הנסקל ועיר הנדחת תו אי אפשר לומר בהיפוך דנידון כאילו נסקל וכאילו נשרף:

יז **ודע** דגם שבע"כ צ"ל דעדים זוממים לא שכיח. שהרי בשור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה משום דהזמה ל"ש. כמ"ש הרא"ש בב"ק [פ' הגוזל בתרא] גבי שטף נהר חמורו. מ"מ כיון שע"י הזמה נתגלה מלתא למפרע ששקר הדבר מתחלתו. לכן אי אפשר לומר שנהוז בכהאי מילתא כאילו כבר נעשה. שהרי מכל מקום אינו בגדר אונס דלא שכיחא כלל. כעין אכלה אריה שכתבנו לעיל באות ט"ו. שהרי מחייבים לעדים אחרונים כשהוזמו לאחר שהוזמו הראשונים. ולא מצו לומר גברא קטילא בעינן למקטל. משום דהוי להו לאסוקי אדעתייהו. דילמא יוזמו הראשונים. וכא דזכה המחזיק. ולא אמרינן דהוי הפקר בטעות. מפני שאינו מצד הפקר ממש רק מטעם יאוש. כמ"ש הרא"ש הנ"ל. וכל עיקר יאוש הוא בטעות. כמ"ש הש"ך [בסי' רנ"ח] דהיכא דבהיתרא אתא לידו קונה ביאוש אע"ג דנתייאש בטעות. משום דלא ידע היכן הוא או שיכול להוציאו:

איברא דאכתי יש להתבונן על דברי תוס' סנהדרין הנ"ל. וכן משמע מדברי רמב"ם [פ' י"ד מה' סנהדרין הלכה ד'] דאפי' ע"י עדים נידון בחמורה. ובע"כ הטעם כמ"ש תוס' ומשום דהו"ל לאסוקי אדעתייהו. דלמא יוזמו הראשונים. אע"ג דהזמה לא שכיח. ובעלמא אמרינן דעפ"י שורת הדין אין לנו להעלות על דעתנו ולחשוב על דבר אונס. שהרי גבי אין אונס בגיטין אמרינן דחששו לצנועות דזימנין דלא אניס וכו'. הרי דמצד הדין אין להחמיר אפי' באיסור א"א משום חשש אונס. וגבי עדים זוממין מחייבינן להו כשהוזמו ראשונים. משום דהו"ל לאסוקי אדעתייהו מעיקרא כשהעידו דלמא יתזמי. אבל לקושטא יחדיו יהיו תמים. דשאני בעדים זוממים. משום דדמי לתחלתו בפשיעה וסופו באונס. דכיון שעדות שקר העידו גם המה. ופושעים בגופן מתחילתן הו"ל לאסוקי אדעתייהו גם על האונס שבא ע"י פשיעה. והיינו טעמא דלא קשי' לרב דס"ל ביבמות [דף נ"א ע"א] בכניסת עפ"י עדים דמותרת לחזור לו דמאי הוה לי' למיעבד. לא קשי' לי' מתניתין דסנהדרין הנ"ל. [ודוחק לומר דס"ל כתירוץ הראשון דאיירי כשראו הב"ד עצמם]. משום דהתם שאני דהוה תחלתו בפשיעה. מיהא לדידן דפסקינן שם דלא כרב. באהע"ז [סי' י"ז סעיף נ"ו] דאפי' נשאת עפ"י עדים אסורה. אין להביא ראי' לדברינו הנ"ל [באות ט"ז]. דשאני התם דאמרינן כיון דלבסוף בא הבעל. ואין איש חי יכול להסתיר את עצמו שלא יודע לאיש ממנו, לכן קנסינן לה דמסתמא אם דייקה כנכון לה היה נתוודע לה איזה ספק וערעור בדבר. וכה"ג אמרינן שם [דף נ"א ע"ב] גבי הלכה לרשה ונמצאת זו אילונית, דקנסינן משום דהוה לה לאמתוני. אע"ג דאילו בא לשאול לקמן היינו מתירין לינשא. שהרי אפי' בענין דיני נפשות לא חיישינן לאיילונית וסריס. [עי' סנהדרין [דף ס"ט ע"ב] בהוכחת הש"ס דאזלינן בתר רובא בד"נ. וברש"י שם ד"ה אלא]. משום כיון דלבסוף נמצאת איילונית גמורה מסתמא אילו חקרה היטב היה נודע לה איזה ספק בדבר. כיון דאי אפשר להסתיר לגמרי. משא"כ בעדים זוממים דאפשר שלא יודע לעולם. או שיבואו לאחר שיהרג הנידון. כעין מעשה דנבות ושמעון בן שטח:

יח **ולפי"ז** יתיישב היטב קושית שעה"מ [פ"ג מה' חגיגה] שהבאתי לעיל [באות ז'] גם באופן השני שכתבנו לעיל [באות ט'] שגם בחצי עבד וחצי ב"ח דכופין ע"י ב"ד דוקא. א"כ הדרא קושיא לדוכתא. איברא למאי שכתב לעיל [באות ט"ז] דדברי תוס' חגיגה וכן דברי רמ"א הנ"ל לא שייכי אלא במילתא דאפשר שתתקיים ע"י הודאת בע"ד לחוד דכיון דאי אפשר שתתבטל לעולם. לכן דנין השתא בתר סופו. אבל בדבר שא"א שיבא לידי סופו רק ע"י עדים. כגון בעיה"נ ושור הנסקל דאפשר שתעקר לגמרי ע"י הכחשה והזמה. שוב אין דנין בשעתיה בתר סופו. אם כן בהפיל שינו וסימא עינו דעיקרו קנסא. ולא מתקיים אלא ע"י עדים. תו א"א לומר דדנין אותו כמשוחרר. כמו בחצי עבד לדעת תוס' חגיגה. לכן מדמי ליה בגמרא שפיר לקנסא דשלשים שקלים. [במעוכב גט שיחרור. שהיה ע"י דבורו והודאתו לבד. בהקדישו או הפקירו וחצי עבד וחצי ב"ח וכמ"ש רש"י שם. דכמו דהתם אין דנים אותו השתא עתה כמשוחרר. מפני שנתגלה לנו השתא דמת העבד דשוב אינו עומד לשחרר. מכש"כ גבי שינו ועינו דמעולם מתחלתו עד שישחררהו. אי אפשר לדון את פני הדבר בתר סופו. כל היכא דאיכא במציאות שתתבטל לגמרי:

ואין להקשות על יסוד זה שכתבנו. דא"כ גם במתקיים ע"י הודאת בע"ד. נמי אפשר שתתבטל ע"י אמתלא, וליתא, דכיון שהודה שותף אחד שיחרר חלקו וזכה העבד בעצמו. תו לא מהני אמתלא להפסיד לעבד כמ"ש הר"ן בפ' האשה שנתארמלה בשם הרא"ה דהיכא שאמרה נתקדשתי לפלוני לא מהני אמתלא [ובקצוה"ח סי' פ' ס"ק א'. ובסי' פ"א] דבממון היכא דלא שייך משטה או שלא להשביע לא מהני שום אמתלא. וה"נ כן הוא. אכן בדינא דרמ"א צ"ל דמיירי שהגיד בפני רבים או שעשה מעשה. ויותר נראה כיון שהודה קודם לזה שנאסר הנייר בדבר שמחוייב לשורפו. והכל מצווים לשורפו. בהודאה כזו לא מהני שום אמתלא. דרבים לא יחפשו תו אחרי מסתורת לבבו ואמתלאות שלו. והודאה כזו שיד זרים ישלטו בממונו לא יצא מפיו עד שידע בעצמו בבירור באמתת הענין בכל צד. וכדמות ראיה, שלדעת פוסקים הפקר מצד נדר היעלה על הדעת שיועיל אמתלא טרם שזכו בה:

יט **לכאורה** נראה שדברי תוס' ב"ק [נ"ג ע"א] בד"ה איכא וז"ל בתוך הדבור אלמא לא חשבינן גברא בר תשלומין

תשלומין כל זמן שלא נודע. אעפ"י שהעבד זוכה בשיחרורו לאלתר וכו'. וזה סותר דברינו [באות פ"ז י"ח], ברה כן הוא לכאורה. אכן לאחר ההקפה בדבריהם מתחלה ועד סוף ושכילה בדרך תמים. עודנו מלין מן החרכים ראיה חזקה לדברינו. דבלא"ה דבריהם עלומים. כיון דצריכים לחדש דהזמה שאני. דעיקר קובע החיוב לא נסייתה רק ע"י עדים והעמדה בדין. ונהי דזוכה בעצמו למפרע. מ"מ כ"ז שלא העידו. הרי חסר לפנינו העיקר ופינת החיוב. ולהכי אפילו היכא דבתראי אקדום אקדומי. חייבים הראשונים מכאשר זמם. דכל זמן דלא אסהידו ביה סהדי לא נתחייב. משא"כ בשאר דבר שבממון. דסהדותייהו אינו אלא גילוי מילתא בעלמא. ע"י מה שלא נודע זולתם. דלא איברי סהדי אלא לשקרא. וכיון שכן תו למה להו להוסיף בסוף הדבור דמשו"ה זכה העבד בעצמו למפרע מיד משום גזה"כ כמו שהעלו בסה"ד, הוי להו לפרושי מילתא ברווחא. דהא דזכה בעצמו למפרע כמ"ש בחגיגה. דכיון שיכול לכוף את רבו עפ"י עדים והעמדה בדין. דינו כבן חורין לכל דבר. ומשו"ה מחייבים לו בדמי עינו ששימא לאחר שהפיל שינו. ואי משום קושי' דלא הספיקה לעמוד בדין עד שבגרה. דהתם א"א לומר שזכה למפרע. והרי הוא כאילו גבה למפרע. שהרי גם לאחר העמדה בדין עודנה מחוסר גוביינא. דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה אפילו באפותיקי מפורש. שהרי לר"י הקדישו ניזק אינו קדוש. כמ"ש בש"ס [בב"ק שם] אלא משום טעמא דכתיבנא דכל היכא דלא סגי בלא סהדי. תו לא שייך סברת תוס' חגיגה. משום דעומד לכוף את רבו כאילו כבר שיחררו. דזהו רק היכא דאי אפשר לדחות ולבטל עיקר הדברים כגון שנגמר ע"י הודאת בע"ד עצמו וכמ"ש לעיל. ומשו"ה הוצרכו לחדש שהוא משום גזה"כ וגזירה זו לא נשנה אלא למאן דאית ליה דא"ל גט שיחרור כמ"ש תוס'. אבל למאן דסבר דצריך ג"ש לית ליה גזה"כ זו ולא מצד הסברא. ומשו"ה בגיטין [דף מ"ב] דבעי למיפשט מהפיל שינו וסימא עינו. דס"ל דצריך גט שיחרור. וא"כ בע"כ צ"ל דגם לדידיה אית ליה גזירה זו. וא"כ לענין שלשים שקלים בהאי עבד נמי. וע"ז מתרץ ליה דברייתא אתיא כמאן דס"ל דא"ל ג"ש. ולדידיה הוא דאית ליה גזירה זו. משא"כ בהאי עבד דצריך ג"ש. ולהכי לא גמרינן מיניה. משום דסברא פשוטה מחלק דשאני דהיכא דא"ל ג"ש הוא דגלי קרא, ועיין:

ב ולהשלמת הענין. הנה העולה מדברי תוס' הנ"ל דבכל קנסות דחייבי' רחמנא דליכא ריבוי דקרא לכן אינו זוכה אלא משעת העמדה בדין והלאה ולא למפרע. ומשו"ה כשלא הספיק להעמיד בדין עד שמת או שבגרה. קנסה לעצמה [לבד בפלגא נזקא וכן כשיולא בראשי אברים למ"ד דא"ל ג"ש]. אבל מ"מ חיובא חל למפרע מיד. וגם שיעבוד נכסי הוי מיד. אלא דאידך לא זכה אלא משעת העמדה בדין והלאה. וכן מוכח להדיא מירושלמי מובא בתוס' כתובות [דף כ"ט ע"א] וז"ל ובירוש' מוקי לה שבא עליה עד שלא מת ואח"כ מת. וא"כ העמדה בדין עם בניו היה, וכיון שלא זכתה בדין בחיי האב. היאך נשתעבדו נכסיו שיתחייבו היורשים לשלם. ובלא שיעבוד נכסי אי אפשר לחייב היורשים. כדאיתא בסוף ב"ב פ' ג"פ [דף קע"ה] בחופר בור יעויי"ש. אלא בע"כ צ"ל כיון דנתחייב מיד, הגם דלא זכה אידך אלא משעת העמדה בדין, מ"מ נשתעבדו נכסי מיד, אע"ג דעודנו לא זכה אידך. דכיון דאיכא זוכה לבסוף סגי לה בזה למטרף. וזהו יסוד חדש שלא נמלא מפורש בשום דוכתא. והוטב לנו בזה דברי רמ"א בחו"מ [סי' ל"ט סעיף י"ג] בכותבים שטר ללוה. דזהו בשטר הקנאה. והוסיף הרמ"א שם. וה"ה כששיעבד לו בשטר מעכשיו. והרעישו עליו רבותינו האחרונים דמה בכך ששיעבד לו מעכשיו. וגם העדים הפקיעו לקלא משעת כתיבה. מ"מ הוי מוקדם, דאידך לא זכה אלא משעה שהגיע לידו. איברא לנאי שכתבנו מוכח בירושלמי להדיא דסגי בשיעבוד כזה. הגם שלא זכה אידך אלא לאחר זמן. אפילו כשמת בנתיים. לטרוף מיתמי. וממילא דגבי לקוחות נמי כיון שכבר הפקיעו נקלא נמלא דתורת שיעבוד חלוק גם בזה משאר הקנאות דלא משכחת ליה מקנה בלא קונה [רק בהורת הפקר]. ובשיעבוד איתא ואיכא לתורת שיעבוד גם בלא זוכה ובלבד שיזכה לבסוף:

ובעיקר הדבר מלאנו לאחד המיוחד מרבותינו הקדמונים ה"ה הרמב"ן שירד להלך בזה, כשתפים לבך להשגיח היטב בדברי קדשו. וז"ל [בסוף פרק אלו נערות] דמסתברא כמ"ד שיכולה למחול לו קנסא כו'. ועוד כיון שנתרלית בשעת ביאה שיאך יתחייב, והרי הוא כאומר קרע שיראין שלי ויפטר. ואעפ"י שאינה זוכה בקנס עד שעת העמדה בדין. מ"מ בשעת ביאה הוא מתחייב. הלכך קייל"ן כר' מונא דאמר התם דיכולה למחול עכ"ל, הרי להדיא דמחלק הזכייה מן החיוב, דחיוב חייל לאלתר, והזכייה הוא משעת העמדה בדין. ומשום האי טעמא מהני מחילה בקנס ולא דמי למוחל דבר שלא בא לעולם דלא מהני. משום דדמי לקרע כסותי ויפטר דהחיוב והפטור באים כאחד. וה"ה למפותה לגבי קנס נמי מהאי טעמא הוא דפטרינן ליה:

בא הנה בימי חורפי הערותי על דברי תוס' סנהדרין. שבאתיו לעיל [באות פ"ז] ומדבריהם עשינו לאבן פינה ליסוד מוסד הנ"ל. ולכאורה נראה מש"ס להיפך שבת [דף נ"ד] איתמר אחת משתים חייב. אחת משלש ר"נ אמר חייב רש"א פטור. ר"נ אמר חייב אהכי מעשיו דאי משתקלא חדא אחריתא אזלא לה טומאה ר"ש אומר פטור השתא מיהת הא איתא לטומאה. וכן שם היכא דאפיק בשבת חצי זית מכזית ומחצה. לר"ש פטור ולר"נ חייב. ואנן פסקינן כר"ש דאזיל בתר השתא. ואפילו אם אח"כ משתקלא ליה חדא ממילא אפ"ה פטור כיון דהשתא בשעה שתלש איתא לטומאה. וגבי עדים זוממים מחייבינן לבתראי לאחר שהוזמו כת ראשונה ולא אזלינן בתר השתא, דבעידנא דאסהידו הוה גברא קטילא. ופשיטא דיותר שכיח שיתלש שער אחד או שנים משיוזמו עדים. וגם לרב נחמן לא פלטה קושיא זו לגמרי שהרי בתולש אחד מד' גם לר"נ פטור משום דלא שכיח קלת שישתקלו שנים. [כמ"ש תוס' שם ד"ה אהכי]. והרי עדים זוממים לא שכיח ביותר ואפ"ה מחייבינן לבתראי. ותירלתי דבפשטא החילוק שביניהם נראה בעליל דשאני עדים זוממים דאיגלאי מילתא למפרע שהקר העידו ולא היה גברא קטילא מעולם רק שלא נודע לן עד שהוזמו ונתגלה הדבר למפרע. משא"כ בתולש דבעידנא דתלש הא איתא לטומאה מתחלה ועד סוף. איברא עיקר היסוד שכתבנו לעיל מוכרח. דבע"כ צ"ל דהו"ל לאסוקי אדעתא גם על הזמה, דנהי דאיגלאי מילתא למפרע. מ"מ אמאי מחייבינן לבתראי. כיון דנוכח פניהם מיהת נסתרה ונעלמה:

סימן יג

בדיני כתותי מכתת שיעורי'

עיין מס' סוכה [דף ל"א ל"ב ל"ה], לפרש ולבאר דברי רבותינו הראשונים על מכונם ועל תילם בעז"ה ית"ש:

א עיין רש"י בד"ה לולב של עבודת כוכבים, וז"ל ששמשו בו לכו"ם לכבד לפניה קרקע אי נמי שעבודתה בלולב להעבירו לפניה או לזרקה בו, עכ"ל. ויש לדקדק דלמה שבק רש"י פשטא דמילתא שלולב עצמו נעבד כמו אשירה דמתניתין והוא ע"ג עצמו, כנראה מדברי תוס'. ועוד דלדברי רש"י מיירי במשמשי עבודת כוכבים או בתקרובת עכו"ם. ולתירולא דגמרא ע"כ צ"ל דלא מיירי אלא במשמשיה, דבתקרובת אין לו ביטול. ועוד הקשו המפרשים דאין זה תקרובת כלל כיון דלא הוי כעין פנים דבעינן זריקה המשתברת כדאיתא בפ' ר' ישמעאל [דף נ"א]. ונראה דקושיא שניה מתורלת בקושיא שלישית כמובן. איברא לבאר זה היטב וליישב כל קושיות הנ"ל, יראה לי. דהנה מפשטא דגמרא נראה דהמתרץ הוא שחידש לן דטעמא דמתניתין משום דכתותי מכתת שיעורי'. מכלל דלסלקא דעתא לא נודע כלל סברא זו. אלא דקסבר דפסולא דאשירה הוא משום טעמא אחרינא. והוא דסבירא ליה דטעמא משום דמאים הוא לגבי מלוה. ומיירי בין באשירה דישראל בין דעובד כוכבים, דאע"ג דמשנקלץ הלולב מן הדקל נתבטל ואפ"ה פסול בדיעבד מטעם זה. [ואין זה רחוק שהרי לפירוש שלישי בתוס' קאי האיבעיא דר"ל ללישנא קמא שם לפסול בדיעבד מטעם מאיס. וז"ל שם מיהו לל"ק וכו' מצי למיפשט מדרבא מדקאמר אם נטל יצא ואפ"ל, ועיי"ש]. ומשו"ה מפרש רש"י דרבא מיירי בין במשמשי עכו"ם דנאסר להדיוט כל זמן שלא ביטלו ובין בתקרובת שעבודתה בכך. ואע"ג דלא נאסר להדיוט אפ"ה הו"ל כפסולא דמתניתין גבי אשירה. דאע"ג דהשתא כבר נתבטל ושרי להדיוט מ"מ

מ"מ פסול מטעם דמאיס. ועל זה משני שפיר דמתני' דווקא באשירה דישראל, ומשום דכתותי מש"ע הוא דפסול בדיעבד. אבל מטעמא דמאיס לא פסול אלא לכתחלה. והיינו טעמא דרבא דמכשיר בדיעבד בהך תרתי דמלייר רש"י בפירושו. ומדנקט רבא בסתמא, משמע דמיירי אפי' בשל ישראל ואפי' ביו"ט ראשון, משום דמשמשי ע"ג אפי' שהם של ישראל כיון דמשכחת ליה ביטול על ידי ביטול העכו"ם. דהאי נתבטלו המשמשין מעלמא אפי' כשהם של ישראל, כמבואר שם [דף נ"ב]. ועיין ר"ן שם שהביא כן בשם הראב"ד בפ' ר' ישמעאל במשנה שם. וכן כתב הר"ן כאן בפ' לולב הגזול בשם הראב"ד דמיירי אפי' ביו"ט ראשון. ובמשמשין דיש להן ביטול אפי' כשזכה בהם ישראל. וא"ל שכיוונתי לדעתו הרחבה. ועיין רש"י יבמות [דף ק"ג] דכל דאיפשר בביטול לית לן משום דכתותי מש"ע וגבי תקרובת דכיון שלא נאסרו דלא הוי כעין פנים. פשיטא דלא מיפסל אלא לכתחילה משום דמאיסי. והיינו טעמא דלא נקט רש"י שלולב עצמו של כו"ם הוא. דקשה ליה קושי' התוס' דאם כן לא משכחת לה ביו"ט ראשון, ועיין. והמתרץ מביא ראי' לזה דלא כדקסלקא דעתא מעיקרא. דדומיא דעיר הנדחת. דעל כרחו לא מיפסל בדיעבד מטעמא דמאיס. שהרי גבי עיר הנדחת שהוא עצמו לא נעבד. אלא דהתורה היא שהקפידה אפי' על שלל הצדיקים שבקרבה. ועיין תוס' בד"ה באשירה בתוך הדבור ואפי' אם תמצא לומר דשרי לכתחלה לכסות בעפר עבודת כוכבים וכו'. דזהו שמספקא לי' משום דגם לכתחלה יש לחלק בין עיר הנדחת שהוא עצמו לא נעבד, ועיין. והשתא ניחא נמי דלא תימא כדקסלקא דעתא מעיקרא. דמדקתני אשירה סתמא משמע דאפי' של עובד כוכבים נמי. ואע"ג דמשנקלן נתבטל. ומזה הוא דבנה דיק דמשום טעמא דמאיס הוא דפסול אפי' בדיעבד. ומזה הוא דקשיא לי' לרבא. ואידם לו התרץ דמדקתני דומיא דעיר הנדחת שמע מינה דלאו טעמא הוא משום דמאיס. דהי סלקא דעתך דגבי עיה"נ דלא נעבדה בה עבירה יפסול מטעם זה. אלא ודאי דמטעמא אחרינא והוא משום דכתותי מש"ע. וכיון שכן ממילא מוכח דטעמא דמתניתין גבי אשירה הוא גם כן מטעם זה עצמו. והרי הוא כדתניא להדיא דדוקא באשירה דישראל דשייך גבי' טעמא דמיכתת שיעורי'. וזה נכון בפשטא דסוגיין. דאם לא כן אינו מדוקדק כל כך הדיקא נמי דדומיא דעיר הנדחת קתני. וכי משום דעיר הנדחת דאי איפשר אלא בשל ישראל יכריח גם על אשירה דאיפשר בתרווייהו. [אחר כך מצאתי בשער המלך פרק ח' מהלכות לולב הלכה א' שמיישב כן לדברי רש"י הנ"ל עפ"י דברי הראב"ד הנ"ל. אמנם מה שכתבתי יש בהם תוספת מרובה. לכן לא הנחתי ממה שכתבתי]:

ב **בתוס'** ד"ה של אשירה וכו'. הקשה קושיא תמוה דלסלקא דעתא מעיקרא [בחולין פ"ט ע"א] דלא אסיק אדעתי' טעמא דכתותי מש"ע. הוי לי' להקשות ממתני' דקתני להדיא דאשירה פסולה, ולהנ"ל ניחא דמדקתני בסתמא, משמע דאפי' באשירה של עובד כוכבים אע"ג דמשנקלן נתבטל ואפי' הכי פסול אע"ג דמותר להדיוט. ותו לא שייך בי' משום דמצות ליהנות ניתנו. אלא ודאי דטעמא משום דמאיס הוא דפסיל ליה. מה שאינו כן גבי כסוי דעפר עיה"נ. [כמו שהבאתי בשם התוס']. אבל מברייתא מקשה שפיר דמדקתני לולב ושופר של עבודת כוכבים ולא קתני רבותא יתירא מזה דאפי' אשירה שכבר נתבטל ע"י קליפה. ועוד דאי נימא דטעמא דברייתא גם כן משום מיאוס מאי קמשמע לן. שכבר נשמע זאת ממתניתין דסוכה דלולב דאשירה פסול מהאי טעמא. אלא ודאי דאיכא עוד טעמא אחרינא גבייהו והוא דמצות ליהנות ניתנו. ונפקא מינה דגם לענין כסוי לא יצא. [וכעין שכתבו תוס' לקמן (דף ל"ה) באתרוג של ערלה]. אבל ממתניתין אין להקשות אלא משום הדיקא דדומיא דעיה"נ. וקתני בכללא דתרווייהו בחד זימנא פסול. שמע מינה דמחד טעמא הוא ושווין הם באיכות. [וכן ברישא דקתני חד פסול על גזול ויבש לאורויי לן דשווין בכמות. דאפי' ביו"ט שני פסול, ואפי' לריב"ן דגזול כשר ביו"ט שני. הוא בגבולין דווקא. אבל במקדש מודה כמש"כ תוס' במס' סוכה (דף ל' ד"ה מתוך) דריב"ן דמכשיר ביו"ט שני הוא בגבולין דמדרבנן. אבל במקדש מודה דפסול משום מצוה הבאה בעבירה. אבל שאול כשר אפי' במקדש. וכדעת הרמב"ן מובא בר"ן וריטב"א. והיינו טעמא דברישא אי איפשר לומר דמשום חד טעמא הם להשוותם באיכות הפסול. לכן מקשינן להו לענין אחר בכמות הפסול דפסול גם ביו"ט שני]. ולהכי לא מלי להקשות שם בפרק כסוי הדם ממתניתין דאשירה דשם סובב ליה המקשן להוכיח ליסוד מוסד דמצות ליהנות ניתנו. ופסול משום מצוה הבאה בעבירה. ומשו"ה הוי לן למיפסל גם גבי כסוי. תו לא מלי להקשות ולהוכיח ממתניתין דאשירה. דמדקתני סתמא משמע אפי' אשירה של עכו"ם. ואע"ג שנתבטלה משעה שנקלן. הרי בעל כרחו צ"ל דטעמיה משום דמאיס. דהשתא אין לומר משום דמצות ליהנות ניתנו מדומיא דעיה"נ דכייל להו בחד פסול. דהא גם השתא קשיא דהוי ליה לכייל בהדי גזול. וליתני הגזול ושל עיה"נ ושל אשירה פסול. כיון דכולהו פסולין מחד טעמא ומשום מצוה הבב"ע. ועוד, השתא גזול פסול שאין העבירה תלוי במצוה והיכא קשורים ומלומדים יחדיו. מכש"כ של אשירה ושל עיה"נ שהעבירה תלוי במצוה דאם לא יצא ליכא עבירה. אלא וודאי דמשום מיאוס הוא דפסול גבי אשירה ושל עיה"נ משום דעומד לשרוף וכשרוף דמי. ואתיא כר"ש. משא"כ לגבי כסוי דאפי' לר"ש לא מיפסל בהכי. או דגם אשירה דומיא דעיה"נ. ובאשירה דמשה דעכו"ם עבדוה אדעתא דישראל. וכדאיתא בפרק ר' ישמעאל [דף נ"ג] וביבמות [דף ק"ג] ובתוס' ד"ה סנדל. דהך טעון שריפה דווקא ופסול לר"ש. אבל מברייתא מוכח שפיר דטעמייהו משום דמצות ליהנות ניתנו. דמדקתני לולב ושופר של ע"ג אם נטל לא יצא דהשתא בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים אינם עומדים לשרוף. דשל ישראל סגי בגניזה. ובשל עובד כוכבים מהני ביטול ואינם עומדים לשרוף בין בע"ג גופא בין במשמשין. וגם בכו"ס של עובד כוכבים וזכה בה ישראל נמי סגי בגניזה כמש"ל [בסימן הקדוש אות ב'] ועיי"ש:

ג **יתבארו** דברי תוס' ד"ה באשירה דמשה דכתותי מש"ע וכו' עד תס"ד וז"ל ובמשמשין הוה מצי לשנויי דמתני' ביו"ט ראשון כו'. לכאורה קשה דהא במתני' קתני לולב של אשירה דמשמע דאילן עצמו נעבד. וא"כ הרי משנקלן הלולב נתבטל כמש"כ לקמן. ואפי' אם תימצי לומר דמיירי דישראל קלן את הלולב מן האילן דאין ישראל מבטל כו"ס וכו' הא מידי טעמא אלא משום דלמא מגבה לה והדר מבטל לה. דבמחובר לא שייך זה דאין הגבהה קונה כלל במחובר. דבשלמא בברייתא דרבא דנקט ליה בלולב ושופר של עבודת כוכבים יש לומר דמיירי בשל עכו"ם ונעשה כו"ס בתלוש. אבל במתניתין דנקט של אשירה דנעבד במחובר. הרי כבר נתבטל משעה שנקלן מן הדקל. ויש לומר דמידי טעמא דלריכין לומר דישראל לא מצי לבטל הוא משום גזירה. הוא דווקא לר"ל דס"ל דנשתברה מאיליה מותר במס' ע"ז [דף מ"א]. איברא לרבא דס"ל דהלכתא כר"י לגבי ר"ל, [ועיין תוס' בב"מ דף מ"ח תוך ד"ה נתנה] דלא נתבטלה מאיליה. לכן הקשו שפיר לרבא לטעמיה הוי מצי למימר דמתניתין ביו"ט ראשון ונקלן על ידי ישראל [אע"ג דאמרינן גבי אוונכרי דלגזזוה אינהו. הוא רק מילי דחסידי כמבואר בפוסקים], עיין בהשמטות:

איברא הא קשיא בסוף הדיבור דתירצו על דברי ר"ל דמיבעיא ליה אם יש דיחוי אצל מצות וגבי ענבים מרוכין מעליו פסקינן דאין דיחוי. ותירצו דשאני התם דבידו אבל גבי כו"ס אין בידו לבטל וכו'. וקשיא דלדברי ר"ל הרי בידו לקללו. ובזה עצמו יתבטל דגבי מחובר לא שייך גזירה זו. והדר הוי ליה כנשתברה מאיליה:

ולייישב דבריהם נראה בביאור דברי הב"ח ומג"א [בסי' תקפ"ו ס"ק ה'] דמחולקים שם בשופר של כו"ס וישראל נתכוין לזכות בו, נטלה שלא מדעתו ותקע בו, דלדעת הב"ח יצא בו דדינו הא של כו"ס, דלית ביה משום כתותי מש"ע כיון דאפשר בביטול. והמג"א ס"ל כיון שנתחייב באחריותו מיקרי שלו כמו גבי חמץ, ועיי"ש בדברי קדשו מתוס':

ואגב דאתא לידן נלפענ"ד לבאר דבריהם וז"ל שם בריש דבריו, ול"ל דהא קיי"ל דישראל אינו מבטל וכו' משום גזירה וכו'. ולכאורה הוא שלא בדקדוק, דהא לא צריכין לבא לכלל גזירה זו אלא לר"ל דנשתברה מאיליה מותר. אבל לדידן דפסקינן כר"י לא קשה מידי. והוי ליה להקשות מדברי הגמרא, דמסתמא בזה לא פליגי, דמנא לן להמציא עוד פלוגתא חדשה. ונראה דהכי קשיא ליה כיון דאנן פסקינן בסוף פרק כל הצלמים דשברי שברים מותר. ומחלקינן בין היכא שנשתברה אפס מינייהו והגוף קיים, הוא דאסור. אבל היכא דנשתברה לגמרי מותר. ואפי' הכי קיימא לן דישראל אינו מבטל

מבטל אפי' שהיתה לגמרי אלמא שגם אליבא דידיה מצריכין לבא לכלל גזירה זו וקשיא לדעת הב"ח :

איברא בעיקר ראייתו ישתומם כל הרואה, וכבר צווחו עליו כל האחרונים בזה, שהרי מבואר במקומו בפירש"י בד"ה ורבא וכו' וז"ל אלא לרבנן גזור דכל ביטול ישראל לאו ביטול גזירה דילמא מגבה לה וקני לה בהגבהה, דכל דבר הפקר כגון מציאה נקנית בהגבהה, עכ"ל. הרי דמיירי בדבר הפקר דווקא וכדעת הב"ח. ונראה דהמג"א ס"ל דהכי פירושו כיון דסתמא קתני דישראל אינו מבטל משמע דאפי' בכו"ם של עובד כוכבים לא מצי מבטל. ועל זה קמתרץ רבא שהוא משום גזירה דילמא מגבה והדר מבטל לה. נשמע להדיא דמשום אחריות לבד דינו כע"ג של ישראל. אלא דקשיא ליה לרש"י שרבא מתרץ אליבא דר"ל דסבירא ליה בבכורות [דף י"ג] לעמיתך במשיכה ולנכרי בכסף דווקא. וגם רבא ס"ל בפ' הזהב [דף מ"ח] דהלכה כר"ל בזה, דקרא ומתניתא מסייע ליה לר"ל, וא"כ לא נקנה לו בהגבהה כלום אפי' להתחייב באחריות. ועל זה מתרץ ליה בקצרה דהשם דבכל דבר הפקר דליכא כספא לכולי עלמא קונה במשיכה לחוד. והכי נמי בגזילה לענין חיוב אחריות, [ועיין מחלית השקל שם מה שכתב קצת מזה]. וכמו שכתבו תוס' בפרק השוכר את הפועל [דף ע"א] בד"ה פרדשני. ותדע שכן הוא שהרי לר"י דס"ל לעמיתך בכסף דווקא היאך גנב וגזלן מחוייבים באחריות על ידי הגבהה ומשיכה. [והא שכתבו תוס' (דף ע"ב) שם בד"ה ומאי בסוף הדבור וז"ל אבל גזל דבאיסור אתא לידי' אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל עכ"ל. בע"כ צ"ל דדבריהם מוסבים על מה שכתבו לעיל בסוף (דף ע"א) בד"ה ואי, דקאי על פחות משוה פרוטה דקנה לגמרי. ומתחלה באיסורא אתא לידיה. בזה שוה בקנינו למקח. אבל לענין חיוב אחריות לחוד לכולי עלמא נתחייב בין בישראל בין בעכו"ם במשיכה לחוד], וזה מדוייק היטב בלשונו הטהור דדבר של הפקר דנקט הוא רק לדמיון בעלמא :

עוד שם במג"א וז"ל וכן משמע בסוכה [דף ל"א] בתוס' דא"כ לא מקשו כלום, דהוי ליה למימר דמיירי בכו"ם שיש לה בעלים וכן משמע ביבמות [דף ק"ד]. כוונתו, דבסוכה עיקר הקושיא קאי על לולב דאמר רבא יצא ואמאי כיון דאגבה הוי ליה כו"ם של ישראל. ועל זה סובב קושייתו לדעת הב"ח דנימא דמיירי בשל עכו"ם ויש לו בעלים. והרגיש בזה דאם כן הוי ליה מצוה הבאה בעבירה, [וכן פשיטא ליה לבעל שאג"א סי' צ"ו דבגזל נכרי הוה ליה מצוה הבב"ע], רק כיון דממילא נשמע דקושייתן קאי גם על שופר דמיירי שם בתחלת דבריהם. וליתר עוז כתב דכן משמע ביבמות דשם הקשו בפירוש על שופר דלא מיפסל משום מצוה הבב"ע עיי"ש [כמ"ש בש"ע סי' תקפ"ו סעיף ב']. והטעם כיון דישראל מחוייב באחריותו מיקרי שלו. וכן מצינו גבי חמץ. וזה תמוה לכל רואה דשאני חמץ דאהדרי' קרא ימצא. ומ"ב הרב הגאב"ד דקאלים מוהר"מ נ"י הגיד לי בשם ספר חתם סופר שכתב בזה דבר המתקבל והוא, דבחמץ דווקא הוא דצריכין ליתורא דקרא מפני שלא נתחייב בכל אחריות, משא"כ בגנב וגזלן דמחוייב בכל אחריות. ואמרתי לו דלא מיחוור בעיני לחלק בין מקצת אחריות לכולהו. דהכי דאשכחן בתלמודא ביבמות [דף ס"ו ע"ב] ותסברא נהי נמי דמחוייב בגניבה ואבידה באונסא בכחשא ובפחת דמיה מי מיחייב וכו'. עיקר הדבר הוא משום כחשא ופחת דמיה הוא דמחלק בינייהו אבל לא משום אונסין. [וכן כתבו הראשונים שם בפירוש]. וראיה מוכרחת לזה דאי לא תימא הכי מאי מקשה בריש פסחים ולר"ש למאן דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי לא ימצא למה לי. דילמא ר"ש לא קאמר אלא בקדשים שחייב באחריותן דאיתחייב בכל אחריות משא"כ בחמצו של נכרי שהפקיד אצל ישראל. והשיב לי שהרי נ"י דמכל מקום יש לו חבר בזה לאחד מגדולי רבותינו הראשונים. הוא הראב"ד מובא בש"מ בריש המפקיד [דף ל"ד תוך ד"ה נעשה]. דמשום הכי אינו משלם הכפל לשומר אפי' לר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי דזהו דווקא בכל אחריות. והשיבותי לו דאין להביא ראיה בזה מדברי רבותינו הראשונים אשר רוחב בינתם מרחפת בכולא תלמודא לפרש כל אחד לפי דרכו. ונמצא דהראב"ד מפרש דברי הש"ס בפסחים דהא דבעירו חמירא דבני חילא הוא רק כשחייב גם באונסין. וכן הוא גם דעת התוס' שבועות [דף מ"ד] בד"ה שומר. אבל לא כן רבותינו האחרונים שהמה עקודים ואגודים בדברי הש"ע. וכיון דפסקינן דגם באחריות דגניבה ואבידה עובר בבל יראה [בא"ח ריש סימן ת"מ]. שפיר מוכח מדברי הש"ס דאין לחלק בין מקצת האחריות לכולהו. ובפרט שעיקר תירוץ החתם סופר סובב רק למאי דפסקינן דעובר בבל יראה גם באחריות דגניבה ואבידה, דהא לא כן אזדא ליה כל תירוצו כיון דקרא קאי על חיוב אונסין :

ובעיקר קושיית הש"ס דפסחים יש לעיין על פי מה שכתבו התוס' שם בד"ה מהתם וז"ל ותירץ ר"י דשאני התם דמתחלה היתה הבהמה של עכו"ם. וכיון דאי בעי זוזי ולא משכח שקיל בהמה לא נפקא מרשותו. אבל כשהבהמה של ישראל ומצי לסלק לנכרי בזוזי לא נכנסה לרשותיה עכ"ל. וגם לגירסא בתרא דרבא דגם בכה"ג פטור מן הבכורה. אין סתירה מזה לעיקר סברת התוס'. רק דסבירא ליה דפטור בכורה הוה גם על ידי מילתא דקלישא כזאת. ולפי"ז גם מדר"ש יש לחלק דשאני התם בקדשים שחייב באחריותן דמתחלה קודם שהקדישה היה ממון גמור אף דעכשיו ע"י ההקדש איננו רק גורם לממון אפ"ה לא יצא מכלל ממונו כיון דמתחלה היה ממון גמור. משא"כ בחמצו של נכרי שקבל עליו אחריות, דבתחלתו איננו רק גורם לממון. משום הכי איצטריך קרא דלא ימצא דעל ידי זה לא נכנס לרשותו בכ"מ. ונלע"ד דעיקר קושיית הש"ס הוא רק לר"מ אליבא דר"ש. עיין בב"ק [דף ע"א] בברייתא שם דר"מ מחייב בד' וה' בגנב שור הנסקל וטבחו ועיי"ש [עמוד ב'] בגמרא ושור הנסקל איסור הנאה הוא ולאו דמריה קטבח הכא במאי עסקינן כגון שמסרו לשומר והזיק בבית שומר והועד בבית שומר ונגמר דינו בבית שומר. ור"מ ס"ל כר"י וס"ל כר"ש. ס"ל כר"י דאמר אף משנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר וס"ל כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי עיי"ש. ועל כרחו הך ברייתא לית ליה אוקימתא אחריתא רק כשאין השור ברשות הבעלים דהוא איסור הנאה ולאו דמריה קטבח ועל כרחו כשאיננו ברשות הבעלים, ועיקר חיוביה הוא משום דמצי מיפטר נפשיה ע"י השבתו. דדבר הגורם לממון כממ"ד. ועל זה תסוב קושיית הש"ס דפסחים דהא גם כשמעולם לא היה ממונו לגמרי רק גורם לממון ס"ל לר"מ דכממון דמי. ושפיר קשה דלא ימצא למה לי. וכשנעיין היטב בזה נראה שכל זה מדוקדק היטב בדברי הש"ס דבכל דוכתי דמייתי הש"ס הך מלתא דגורם לממון נקט הש"ס בשם ר"ש [עיין סנהדרין דף קי"ב ע"ב] והכא נקט הש"ס סתמא למאן דאמר דבר הגורם לממון כממון. ולמאי שכתבתי מדוקדק היטב. דלר"ש עצמו לא מצי לאקשויי משום דאיפשר לחלק בין קדשים שחייב באחריותן לחמץ שקיבל עליו אחריות כמו שכתבתי. וכל הקושיא הוא רק לר"מ אליבא דר"ש. ועיין רש"י פסחים שם [דף ה' סוף ע"ב] ד"ה למ"ד דמליין על ר"ש במס' בב"ק [דף ע"א] והנראה שכיון לזה מדלא מייתי מקור דברי ר' שמעון במשנה מפורשת בדף ע"ד ע"ב] :

ונהדר לעניינא דילן בדברי תוס' הנ"ל דנראה מדבריהם כדברי הב"ח. דהא מבואר מדברי הב"ח והמ"א במאי דפליגי בכו"ם של עובד כוכבים שזכה בה ישראל אי הוי ככו"ם של ישראל לענין ביטול. דהמג"א הביא ראיה מדברי הש"ס גזירה דלמא מגבה לה והדר מבטל לה סבירא ליה דאיננו יוצא מכלל כו"ם שנשתברה מאליה על ידי גזירה. רק בפרט זה עצמו שייך בו הך גזירה ולא גזרינן באחד משום חבירו. וזה פשוט דהא דאין ישראל מבטל כו"ם של עובד כוכבים מיירי גם בכו"ם דאית לה בעלים ושפיר אזדא ליה ראיית המג"א מדברי הש"ס דמפרש טעמא דמלתא משום גזירה דלמא מגבה לה והדר מבטל לה דאם נימא דכו"ם דאית לה בעלים לא נעשית כשלו לענין ביטול. יקשה דאמאי בכה"ג גוונא אין ישראל מבטלה כיון דלא שייך גביה משום גזירה. אמנם לקושטא דמלתא גם הב"ח לא פליג על המג"א בזה. וסבירא ליה דגם בכו"ם דאית לה בעלים אין ישראל מבטלה רק דס"ל דגזרינן כו"ם דאית לה בעלים אטו כו"ם דהפקר משום לא פלוג וכולהו חדא גזירה דאי לא הא לא קיימא הא, וכד דייקינן בדברי התוס' נראה להדיא כדעת הב"ח במאי דנקטו בסוף הדיבור דבעכו"ם אין בידו לבטל. וקשיא דהא ר"ל סבירא ליה דנשתברה מאיליה מותר והא דאין ישראל מבטל כו"ם של עובד כוכבים הוא משום גזירה וקשה כנ"ל דהא במחובר לא שייך גזירה זו. אלא ודאי דעיקרא דהך גזירה איננו צריך שיהיה שייך בכל הפרטים רק דגזרינן באחד משום חבירו כדעת הב"ח. ודומה למה שגזרו על ביצה משום פירות הנושרין בריש מסכת ביצה :

ד עוי"ש בתוס' הנ"ל וז"ל ומיהו נ"ל דמ"מ רבא גריס ולא ר"י. דהא מפרש טעמא דשופר של עיה"נ משום דכתותי מש"ע. ולר"י הוה ליה למימר משום דמצות ליהנות ניתנו. פירוש דזה טעם כולל ביותר דבכל המצות לא יצא כגון בכיסוי דם ועורות של ס"ת ותפלין ומזוזות. וגם במודר הנאה מיפסל מהאי טעמא אלא ודאי דגרסי' רבא. והדרא קושיא לדוכתא דהוה מצי לפלוגי בעבודת כוכבים גופיה בין קודם ביטול לאחר ביטול. ומדלא מפליג שמע מינה כפירוש קמא לכן הקשו אחר כך מפרק כל הצלמים גם על פירוש קמא. ומשום הכי בררו לעצמם שיטה השלישית בפירוש ההלכה וכמו שיתבאר לקמן. ונראה ליישב דעת ר"ת דלהכי נקט בשופר של עיה"נ ולא נקט בכו"ם גופא וקודם ביטול. דס"ל דטעמא דאמרינן שם משום דכתותי מש"ע סתמא דגמ' הוא דמסיק כן. ומוכרחין לומר כן מהאי טעמא גופא מדלא מפליג בין קודם ביטול לאחר ביטול, מזה נשמע דטעמא הוא משום דכתותי מש"ע, דלולא כן הוה אמרינן דטעמא משום דמאיס לגבי מצוה. ולאחר ביטול יצא בדיעבד. אבל קודם ביטול לא יצא משום דמאיס טובא. כיון דאסור אפילו להדיוט. ולהכי נקט ליה בעיה"נ כיון דלא נעבדה כלל לא שייך טעמא דמאיס אלא טעמא משום דכתותי מש"ע:

עוד שם בתוס' וז"ל ונראה לפרש דרבא שרי אפי' בכו"ם של ישראל וכו', ול"ב דמה חידשו בזה. דהשם דס"ל בשיטה זו ג"כ כדעת ר"ת דכו"ם של עובד כוכבים פסול משום דכתותי מש"ע רק לאחר ביטול הוא. ובביטלו ביו"ט הוא דמיבעיא ליה משום דיחוי. שמע מינה דבלא ביטלו גם כו"ם של עובד כוכבים פסול דכתותי מש"ע. וכי לא ידעינן ממילא דהוא הדין כו"ם של ישראל היכא שנטעו ולבסוף עבדו אליבא דרבנן ג"כ יצא כיון דאפילו להדיוט לא נאסרה. ודוחק לומר דאתי לאשמעינן דאפילו הכי לכתחלה לא. ונראה בפשטא דשיטה זו אתיא לפרושי לן ביסוד הסוגיא דקשיא ליה דרבא דקאמר דבין בלולב ובין בשופר של כו"ם יצא ובברייתא תני דלא יצא. ועל מבוכה זו סובבים כל השיטות ולאחר שפירוש קמא נדחה ליה מסוגיא דכל הצלמים. ותירוצו של ר"ת ג"כ תמוה להו מסוגיא דר"ה כיון דעל כרחו רבא הוא דגרסינן. והוה ליה לאפלוגי בין קודם ביטול לאחר ביטול. להכי חידשו בזה לתרץ עיקר קושיא הנז' והוא מדקאמר רבא בסתמא שמע מינה דמיירי בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים רק באופן דלא נאסרו להדיוט. ובלולב מיירי באילן שנטעו ולבסוף עבדו ואפילו ביו"ט ראשון. ובשופר מיירי ג"כ בכהאי גוונא שנעבדה הבהמה בחיי' דבעלי חיים לא נאסרו להדיוט וברייתא מיירי באופן דנאסרו להדיוט. ומשום הכי לא יצא משום דכתותי מש"ע. ועל פי פירוש זה רווחא שמעתין, דרבא מיירי בכל גווני בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים וגם מתניתין דאשירה וברייתא דכל הצלמים מיירי בכל גווני רק דמעיקרא קסלקא דעתיה דמתניתין דאשירה מיירי נמי אפילו כשנטעו ולבסוף עבדו ואפילו הכי פסול בדיעבד אף על גב דלא נאסרו להדיוט וטעמא משום דמאיס וכהא דפסול נעבד לגבוה אע"ג דבעלי חיים לא נאסרו להדיוט והוא הדין נמי לגבי מצוה ועל זה משני דדוקא באשירה דמשה הוא דפסול למצוה משום דנאסרו נמי להדיוט. וטעמא מאי משום דכתותי מש"ע ודיקא נמי מעיר הנדחת דקתני ליה בהדדי בחדא פסולא, משמע דוקא היכא דנאסר להדיוט הוא דפסול למצוה:

עוד שם בתוס' וז"ל מיהו ללישנא קמא וכו' הוה מצי למיפשט מדרבא וכו'. ויש לדקדק דהא בין לפירושא קמא ובין לפי' ר"ת קשיא. דלפירוש קמא עוד קשיא ביתר שאת דכיון שגם בכו"ם של עובד כוכבים קודם ביטול דאסור להדיוט סבירא ליה לרבא דיוצא בדיעבד. מכל שכן באילן שנטעו ולבסוף עבדו דלא נאסר מעולם. אלא בע"כ צ"ל דאיבעיא דר"ל הוא על לכתחלה כמ"ש תוס' שם במקומן וזה אין לפשוט מדפסלו רבא לכתחלה דשאני הכא דאסור אף להדיוט. ואם כן השתא נמי לשיטה זו שחידשו נימא ג"כ דאיבעיא דר"ל קאי רק אלכתחלה ומשום דרבא ס"ל כלישנא בתרא דאיבעיא דר"ל קאי לענין דיחוי. ומהיכן נתחדש להם השתא דאיבעיא דר"ל קאי גם כן לענין דיעבד כמבואר בדבריהם. וגם לפירושו דר"ת דרבא מיירי לאחר ביטול. גם כן צ"ל דר"ל קא מיבעיא על לכתחלה דהשתא בכו"ם שנתבטלה שקודם הביטול נאסרה גם להדיוט אפ"ה יוצא לאחר הביטול כיון דהשתא הותרה להדיוט. מכש"כ בנטעו ולבסוף עבדו דלא נאסר מעולם. אלא בע"כ צ"ל דר"ל לא קמיבעיא ליה רק אלכתחלה וכמש"כ לעיל, ואכתי קשיא מנא לן השתא לחדש דגם ללישנא קמא דר"ל קאי על דיעבד, דבשלמא ללישנא בתרא מסתברא להו דעניינא דדיחוי לא שייך אלא בדבר שפסול גם בדיעבד. ונראה לפרש דבריהם דבפשטא משמע מלישנא דאיבעיא דקאי על דיעבד דאלכתחלה לחוד רחוק מן המציאות לחקור ולדרוש אחרי ספיקות כאלו דאם לית ליה לולב אחר פשיטא דיטול זה אפילו לכתחלה ובדאית ליה גם כן פשיטא דמוטב שיטול אחר, הגם שזה ג"כ כשר לכתחלה. מכל מקום מכוער הדבר קצת ולא הוה מן המובחר. וכמש"כ הט"ז [בסי' תקפ"ו] גבי שופר של איל. רק דלשני פירושי קמאי צריכים לדחוק ולומר דקאי רק על לכתחלה. כי היכי דלא נפשוט מדברי רבא. לכן השתא דקאי רק אלכתחלה שוב לא נוכל לפשוט מדרבא וכמש"כ לעיל. איברא לפי' השלישי דרבא מיירי בכל גווני בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים רק דמיירי בנטעו ולבסוף עבדו דהשתא גם אם נימא דקאי רק על לכתחלה הרי נפשוט גם כן מדרבא. ובע"כ צ"ל דרבא ס"ל כלישנא בתרא שוב מוטב להניח דברי ר"ל בפשטא דקאי על דיעבד וכמש"כ לעיל וזה פשוט וברור בפשטות דבריהם. ועיין בפרק כל הצלמים [דף מ"ז ע"א] בתוס' ד"ה מי מאיס דמשמע בהדיא משום דלא נפשוט מדרבא נדו מפשטא ומפרשו דר"ל קאי על לכתחלה. איברא איבעיא השני לרב דימי דמיבעי' ליה באשירה שביטלו לענין דיחוי. גם לדעת תוס' בפ' כה"ל קאי לענין דיעבד דכל דבר שהוא רק לענין לכתחלה. לא שייך כלל לכללו בשם דיחוי. כמש"כ תוס' בפ' לולב הגזול שהרי כבר הוכחנו דגם שם סברי לתרי פירושי קמאי קאי איבעיא ראשונה לענין לכתחלה לחוד מדלא קשיא להו רק לשיטה השלישית ואפילו הכי הקשו לשטה ראשונה מאיבעיא דדיחוי, אלמא דס"ל דכל כמה דליכא סברא גמור מגוף האיבעיא אזי נקטינן הדבר בפשטא דקאי על דיעבד:

ועיין במג"א [סי' תקפ"ו ס"ק ו'] וקשיא לי טובא בדברי קדשו שכתב דגם איבעיא שניה לענין דיחוי לדבריהם בפ' כה"ל קאי ג"כ רק לענין לכתחלה. ולפענ"ד אין כאן דבר חוצץ בדבריהם כלל. ומש"כ שם ליסוד מוסד. דמשום האי טעמא פסקינן ביור"ד [סי' כ"ח] דחזר ונתגלה חייב לכסות דמשמע בודאי בלי ספק וצריך לברך לפי דאין דיחוי. ובא"ח [סי' תקפ"ו] פסק דיש דיחוי לחומרא ובעינן דוקא שנתבטל מעיו"ט אלא ודאי דדוקא לכתחלה הוא דחיישינן לדיחוי ועיי"ש ולא משמע כן מלישנא דגמרא דף ל"ג בסוכה [ובעכו"ם דף מ"ז] דר"פ גופא הוא דמיבעיא ליה מיפשט פשיטא ליה דאין דיחוי או דלמא ספוקי מספקא ליה. ולדברי מג"א שלא לענין עיקר הדין פשיטא ליה דאין דיחוי ומחוייב לכסות ולברך רק מדרבנן הוא דחיישי' לכתחלה שלא יפטור א"ע בדבר שנדחה. ובעיקר הסתירה שהקשה, נראה. דהנה בכל ספיקא דרבנן דאזלינן להקל הוא דוקא כששני צדדי הספק שוים לגמרי. אבל היכא דיש איזה נטיה בצד הספק להחמיר יותר מצד הספק להקל אזי גם בדרבנן אזלינן לחומרא הגם דנטיה זו לא הגיע לכלל רובא או חזקה ואפילו לא הגיע לכלל ספק ספיקא. אפילו הכי אזלינן לחומרא ובכל ספיקא דאורייתא לא אזלינן להקל רק על ידי ספק ספיקא גמורה או רובא וחזקה ממש. אבל לא ע"י נטיה יתירה דיש להקל יותר מלהחמיר, וכן הוא בר"ן בריש מסכת ע"ז ובתוס' שם [דף ז'] ד"ה בשל, וז"ל רש"י היה פוסק וכו' הרי דגם דאזלינן אחר לישנא בתרא בשל סופרים אף אם הוא מחמיר משום דיותר נוטה לפסוק כלישנא בתרא. ואפילו הכי אם לישנא בתרא מיקל בדאורייתא לא אזלינן בתריה. ומשום האי טעמא פסקינן לדעת מג"א [ודלא כפר"ח שם] דחזר ונתגלה דחייב לכסות בברכה הגם דספיקא הוא וספיקא דרבנן לקולא. מכל מקום איכא צד נטיה יתירה לצד דאין דיחוי. שהרי איפשר דמיפשט פשיטא ליה. וגם אם ספוקי מספקא מכל מקום צדדי שניהם שוים. אבל לא אשכחן להיפך נומר דמיפשט פשיטה ליה דיש דיחוי ולהכי לענין ברכה די לנו להחמיר מפני נטיה זו. אבל לא להקל בדאורייתא. ועיין [סימן רע"ו] במג"א דבספק ברכה ממש אינו עובר על לא תשא לדעת תוס'. ועוד אפילו לדעת רמב"ם שם שעובר על ל"ת הוא כשאינו מחוייב לברך. אבל בכהאי גוונא כיון שמחוייב לברך מצד שיש נטיה יתירה בחיובו מלפוטרו. תו לא שאני לן באופן חיובו אם מחמת ודאי או מצד ספק כהאי:

ה לדברי מג"א הנ"ל דאיבעיא דאשירה שבטלה ביו"ט. קאי על לכתחלה. יש להתבונן דאיך יהיה לישנא קמא רחוק כל כך מלישנא בתרא דללישנא קמא אזי גם בנטעה ולבסוף עבדה דמותר להדיוט ולא נאסרה מעולם מיבעיא ליה לענין מצוה. וללישנא

ולאיסנא בתרא פשיטא ליה דאפילו באשירה שביטלה מעיו"ט שכבר נאסרה להדיוט קודם שביטלה אפילו הכי כשר לכתחלה למצוה. מדלא מיבעיא ליה אלא בביטלה ביו"ט ומשום דיחוי. וכי הכי לא יספיק ליה למיבעיא בביטלה מעיו"ט ותהלך בהדרגה דאפילו אם תימצי לומר בנטעה ולבסוף עבדה כשר לכתחלה דלא מאיסי כל כך. משום דלא נאסרה מעולם להדיוט. אבל בביטלה שנאסרה להדיוט קודם שביטלה מיבעיא ליה. ויש ליישב דיש לומר גם בהיפוך דנטעה ולבסוף עבדה גריעי מביטלה. שעתה אחר שביטלה כבר נעקר ונתבטל שם עכו"ם ממנה מכל וכל ומותר לגמרי לכל דבר. משא"כ בנטעו ולבסוף עבדו דהכי דהאילן עצמו שהיה טרם שעבדו לא נאסר לרבנן. אבל התוספת נאסר גם לרבנן אפילו להדיוט כדאיתא בפ' כה"ל [דף מ"ח ע"א] וכרב אשי שם דבתוספת מודו רבנן. וכן הוא בשו"ע [סי' קמ"ה סעיף א'] לכן כיון דעדיין שם עכו"ם עליו לאסור התוספת להדיוט. גם הלולב שהיה טרם שנעבד מאיס טפי מעכו"ם שביטלה:

ו **ומעתה** לפי מה שכתבתי לעיל [באות ד'] קמה ונלבה קושיית תוס' פ' לולב הגזול כהומה שגבה לשיטה ראשונה שהוא דעת רוב הפוסקים וכן סתם הב"י בש"ע [סי' תקפ"ו] לכן הדבר חובה ליישב דברי קדשם. ונראה לפענ"ד דמשכחת לה אשירה שביטלה בשל ישראל ואפילו הכי מלינן ביטול באופן אחר. דהנה על פי המבואר בגיטין [דף מ' ע"ב] בתוס' ד"ה הקדש דהא דהקדש מפקיע מידי שיעבוד. דהוא הדין לכו"ם דדמי להקדים קדושת הגוף. גם מבואר שם בתוס' דלאביי דס"ל למפרע הוא גובה. אזי כשגבאו לבסוף איגלאי מילתא למפרע דלא חיילא ההקדש והכו"ם שעשאו הלוה כיון שהוא של המלוה למפרע. איברא כל זמן שלא גבאו אזי דינו כהקדים שור ואסור ליהנות ממנו, וכן כשעשאו אשירה מחוייב לשורפו כדין כו"ם של ישראל. וממילא לא יצא בלולב ואתרוג שבו כל זמן שלא גבאו המלוה כיון דכתותי מש"ע. ואין לומר כאשם דלא אמרינן בכו"ם של עובד כוכבים דכתותי מש"ע לדעת הפוסקים האלו כיון דאיפשר בביטול הכי נמי נימא הכא כיון דאפשר שיגבהו המלוה לבסוף ואזי יהיה למפרע של המלוה ולא נאסר האילן כלל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, דזה אינו דלא דמי כלל דשל עכו"ם היינו טעמא דיולא דכו"ם שלו קילא בזה משל ישראל. דבשל עובד כוכבים מהני ביטול משא"כ בשל ישראל וכיון דקילא בזה לכן לא אמרינן גבי' כתותי מש"ע. ותדע שהרי אפילו נסתיים הדבר דלא ביטלו עד עולם אפילו הכי יצא ידי חובתו. דמכל מקום משכחת ליה לגד הקל גביה. משא"כ גבי לוה ומלוה. דלא מלד קלות שבו יתגלגל הדבר שיתבטל שם הכו"ם מיניה רק מלד דבר אחר הוא דנפקע והוא משום דאיגלאי מילתא למפרע שלא יהיה שלו. לכן כל זמן דלא נתגלה הדבר הרי הוא עודנו של לוה ומחוייב לשורפו. אזי פשיטא דלא ראוי לצאת בו משום דכתותי מש"ע שהרי אם נסתיים לבסוף שלא גבאו כלל הרי הוא של לוה מתחלתו ועד סופו ונאסרה כדין כו"ם של ישראל בכל הסוגים ואמרינן בו כתותי מש"ע:

איברא לכאורה יש לספק אם נסתיים הדבר דגבאו ביו"ט והשכנים יו"ט היא עכו"ם של הלוה. אם יש בו משום דיחוי ולא יצא בו המלוה. אם נימא כיון דכל זמן שהוא ברשות הלוה לא חזיא למלוה כיון דדינו בשרפה וכתותי מש"ע. ונדחה ממלוה שבו. או דילמא כיון דלבסוף גבאו. הלא איגלאי מילתא למפרע שהיה של המלוה ולא נאסר מעולם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ולא נדחה מעולם כיון דנסתיים לבסוף דאתא לידי גביי'. ולפע"ד דמסתבר דמכל מקום אית ביה תורת דיחוי. דכל דבר דבעינן שיהיה חזיא ליה מבעוד יום אזי נידון פני הדבר כמו שהוא בפנינו. ולא בתר העתיד לבוא ואע"ג דאיגלאי מילתא למפרע שהיה חזי ליה מכל מקום אנן בתר השתא אזלינן. וכיון דסוף סוף לא חזיא ליה בשעתו הרי כבר נדחה ממלותו וככל עניני סוגי התורה דבעינן גבי' תורה זו דחזיא ליה מבעוד יום או בין השמשות:

ונברר זה בראיות ברורות ועל פי שנים יקום דבר, חדא דאיתא במס' עירובין [דף ל"ו] דלגבי עירוב בעינן סעודה הראויי' מבעוד יום. אע"ג דתחלת היום קונה עירוב, מכל מקום ראוי מבעוד יום בעינן. ופסקינן [בסימן ת"ו] דבמניח שני עירובין על שני יו"ט של גליות דלא מהני מידי על השני כיון דלא חזי ליה מבעוד יום. אע"ג דבשעה שרולה לילך ביו"ט שני הרי איגלאי מילתא למפרע שבאם אסור לו לילך היום חוץ לתחום הרי איגלאי מילתא למפרע דהוי חזיא ליה. אפילו הכי כיון דלא ח"ל בשעתו אין בעירובו כלום. ועוד ראיה ממס' ביצה [דף ו' ע"א] בתוס' ד"ה וכי מה בין זה בסוף הדיבור וז"ל ועוד י"ל וכו' והכא מיירי בלא כלו לו חדשיו עד היום ואם כן לא הוי מוכן היום הואיל ובין השמשות לא הוי חזיא עכ"ל. ועיין במהרש"א שם דגם עגל שנולד קודם יו"ט וליל א' שלו ביו"ט דאסור ביו"ט כיון דלא ח"ל ביה"ש. הרי אע"ג דאיגלאי מילתא למפרע דהוה חזיא ליה כיון דבשעתיה לא חזיא ליה אמרינן מגו דאיתקלי לביה"ש וכו', הרי להדיא דאזלינן בתר שעתיה ולא בתר שנתברר אחר כך למפרע. והכי נמי לענין מצוה דבעינן דחזיא למצותו מבעוד יום וכל דלא חזיא ליה מבע"י כדאמרינן נקטם ראשו מערב יו"ט וכו' ועלתה בו תמרה ביו"ט. דמשמע דאפילו עלתה בו תמרה בליל יו"ט אפ"ה הוי דיחוי משום דלילה לא הוי מחוסר זמן אע"ג דלא חזיא למצותו בלילה. כדאיתא במס' כריתות [דף ה' ע"א] והכי נמי בנידון דידן כיון דסוף סוף לא חזי ליה בתחלת יו"ט כל זמן שלא גבאו כבר חיילא עליו תורת דיחוי. הגם דאנן פסקינן כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה. הכר חידשו שם בגיטין הכ"ל דכל כמה דלא מצי לסלוקי בזוזי או למוכרו לאחרים גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה אע"ג דאכתי מחוסר גובייגא. מכל מקום כשגבאו לבסוף הרי הוא למפרע שלו:

ולפי"ז איכא נפקותא רבה לענין דיחוי. כגון שעשאו הלוה אפותיקי מפורש והתנה עמו בפירוש שלא יכול לסלקו רק ברילוי המלוה. אבל כל תורת מלוה עליו, דבלא ריצוי הלוה או על ידי גובייגא דבית דינא לא יהיה ביכולתו לגבות מעלמו ועשאו הלוה עכו"ם קודם שגבאו המלוה, וטרם שגבאו הרי הוא של הלוה לכל עניניו, וצריך שרפה דשמא לא תבא לכלל גביית ויסלק לו במעות או בדבר אחר מרצונו. ונמצא שכבר נדחה ממלותו בתחלת יו"ט, ואחר כך ביו"ט גבאו ברצון הלוה, דנמצא השתא דגבאו לבסוף הרי הוא למפרע של המלוה, ולא נאסרה מעולם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. וזהו אשירה שביטלה דמיבעיא ליה לר"ל:

ז **ויש** להתעורר לשיטה ראשונה בתוס', וכן הוא דעת רה"פ וכן סתם המחבר [בסי' תקפ"ו] דכו"ם של עובד כוכבים אפי' קודם ביטול יולא בשופר וגבי ד' מינים ביו"ט שני [בסימן תרמ"ט]. ובנתכוון שלא לזכות בו. ומשום דמשכחת ליה שיתבטל לא מיפסל משום כתותי מש"ע, אכתי ליפסל בלולב. דלכולי עלמא בדבר דלא שייך בו אכילה בעינן דין ממון, כמש"כ תוס' לקמן [דף ל"ה] בד"ה לפי. ובאתרוג ליפסל דאין בו היתר אכילה. ונראה דזהו דקשיא להו לקמן דלמה ליה טעמא בלולב משום כתותי מש"ע. ולהכי נהי טעמא כשר בשל עכו"ם. דכל כמה דאיפשר בביטול לית ביה משום כתותי מש"ע, תיפוק ליה דבלא זה מיפסל לפי שאין בו דין ממון לפנינו, ולזה לא מהני מה דאיפשר בביטול, שהרי אפי' בנודר הנאה מלולבו של חבירו לא יצא, אע"ג דבידו לאתשולי, כמש"כ הרשב"א [בסי' תשמ"ו]. וכן פסק בהגה"ה [סימן תרמ"ט סעיף ב']. ומכל שכן דדבר שאין בידו לא מהני מידי במאי דמיפסל משום לכם, וקא סלקא דעתם כדעת רמב"ם [בפרק ח' מהלכות לולב הלכה ט'] והגאונים מובא במגיד משנה שם דכל שאין בו היתר אכילה ודין ממון בעלמותו מיפסל כל שבעה. ועל זה תירלו דבעל כרחו ל"ל דלא מיפסל אלא ביום ראשון בלבד. [אחר זה מלאתי קלת מזה בפירוש קושית תוס' בשם כ"ת אלא שלא ביאר כל הצורך. לכן השיגו בשער המלך פרק ח' מהלכות לולב הלכה ב']. וגם לדעת רמב"ם לא קשה דס"ל כדעת ר"ת דדווקא לאחר ביטול הוא דשרי, כמש"כ הכסף משנה שם הלכה א':

איברא לדעת הש"ע קשיא דפסק [בסעיף ג'] כשיטה הראשונה. דבשל עובד כוכבים אפי' קודם ביטול שרי בדיעבד. ובסעיף ד' פסק כדעת הרמב"ם והגאונים דכל שהפסול בעלמותו משום שאין בו היתר אכילה פסול כל שבעה. ואף למש"כ המג"א [ס"ק כ'] בפירושו בדברי המחבר דדווקא באתרוג שראוי לאכילה הוא דפסול, משא"כ בלולב. ומתרץ בזה קושית תוס' הנ"ל. מ"מ קשיא [דבסעיף ג'] קאי המחבר על כל הד' מינים, וקשיא באתרוג מיהת ליפסל אפי' בדיעבד אפי' בשל עובד כוכבים דנהי דלית ביה משום פסולא דכתותי מש"ע כיון דאיפשר בביטול, מ"מ יפסל כל שבעה דילא בעלמותו מדין לכם לפי שאין בו היתר אכילה והנאה של כלום, שוב ראיתי במג"א [ס"ק י"ג] יעוי"ש. ואיפשר דזהו שהוקשה לו. איברא תירולו שם אינו מובן כלל, דמאי ענין דמאי לכאן, שהרי אפי' מה שבידו לגמרי לא מהני בדבר שאסור באכילה ובהנאה

כמ"ש

כמ"ש הרמ"א שם בשם רשב"א. ודמאי שאני דאפי' טבל גמור מותר בהנאה שאינו של כילוי רק דאסור באכילה לחוד, ולכן כשיש לו היתר ע"י שום מציאות שבעולם כגון דמאי דבידו להתירו גם לעצמו, תו לא מיפסל משום זה, אפי' בדבר שאין לו היתר לעצמו והותר לאחרים, כגון תרומה לישראל, לדעת תוס' סוכה [דף ל"ה ע"ב] ד"ה דאי, ג"כ יוצא י"ח. אבל בדבר שנאסר לעצמו גם בהנאה, תו לא מהני מה שהותרה לאחרים, שהרי אפי' במודר הנאה אינו יוצא י"ח :

ועוד נראה דבע"כ צ"ל דדמאי מילתא אחריתא הוא כמו שיתבאר. דבלא זה קשיא שהרי מבואר ברמב"ם שם ה' ב' דטבל פסול משום שאין בו היתר אכילה וכתב שם [בהלכה ט'] דכל הפסול משם זה פסול כל שבעה וקשיא כיון דסופו לספרים ובידו לספרים [אפי' כשאין לו אחר] מיניה וביה מיום ראשון ואילך דחסר כשר. ואפ"ה כל זמן שלא הפרים מיפסל מפני שאין לו ה"א כמו שהוא, ובדמאי הגם שאין סופו להפקיר אפ"ה כשר דמ"מ י"ל ה"א ע"י מציאות רחוקה כזאת. אלא בע"כ צ"ל דבטבל מיקרי שאין לו היתר כיון דכל זמן שהוא טבל כמו שהוא עתה בשעה שבא לצאת י"ח אין לו היתר רק כשיפרים ממנו. ואז יצא מכלל טבל. להכי כל זמן שעודנו בשם טבל מיקרי שאין לו ה"א ומיפסל משם זה. משא"כ בדמאי דיש לו היתר גם כשעודנו לא יצא משם זה שהרי הוא עודנו דמאי כבתחלה ואפ"ה יתגלגל לו היתר מצד אחר. ומשו"ה יש לו היתר אכילה מיקרי ויוצא י"ח. ולפי"ז הדרא קושי' לדוכתא דבכו"ם של עובד כוכבים אמאי יוצא י"ח כיון דכל זמן שיש לו שם כו"ם אסור באכילה רק כשיבטלנה ואז כבר נפקא משם זה לגמרי, ומלבד זאת ליהנא דהרמב"ם קא קשיא ליה [בפ"ח מהלכות לולב ה"ם] וז"ל שם והפסלנות שהוא משום כו"ם או מפני שאותו האתרוג אסור באכילה בין ביו"ט ראשון בין בשאר ימים פסול ומדוע חלקם לשנים הלא גם בכו"ם איכא טעמא דאיסור אכילה. ויש לדחות דנקט משום כו"ם משום לולב והדס וערבה שאינם ראויים לאכילה בעצמותם וכדברי המג"א [בס"ק כ'] דלכל כהאי לא נפסלו מפני שאין בו דין ממון :

איברא כדי לתרץ דברי מרן הב"י נלע"ד בהקדם דברי הש"ס סוכה [דף כ"ג] בפלוגתא דר"מ ור"י בעושה סוכתו ע"ג בהמה עיי"ש דר"מ מכשיר משום דמדאורייתא מיחזי חזי ורבנן הוא דגזרו ביה. וכן פסקינן לדינא כר"מ משום דסתם מתני' דהתם כוותיה כמ"ש בש"ע [סי' תרכ"ח סעיף ג'] ועיין בטור יור"ד [סי' קמ"ו] ובב"י שם דפסקינן דעכו"ם שנשתברה מאיליה לשברי שברים דמותרת ולפי"ז בע"כ צ"ל הא דאין ישראל מבטל כו"ם של עובד כוכבים בכהאי גוונא הוא ג"כ מטעם גזירה כמו לר"ל בשיברה לשברים כמ"ש לעיל [אות ג'] ליישב דברי מ"א [סי' תקפ"ו], ונמצא דלפי"ז אשכחן פתרא לדברי הרמב"ם והש"ע דשפיר אית ליה היתר אכילה לאתרוג של כו"ם משום דע"י לעיסה הוה ליה כשברי שברים. והרי אח"כ לבולעו מדאורייתא [הגם דטעימה אסור מדרבנן כמבואר בתשוב' ריב"ש [סי' רפ"ח] והוא איסור שבגופו מ"מ איפשר ליה גם בלא לעיסה שיחתכהו לחתיכות קטנות] ורק משום גזירה הוא דנגעו בה דע"י זה לא נגרע מהיתרו מאומה כדאיתא בסוגיא דסוכה הנ"ל. ועיין פסחים [דף מ"ח] ואי אמרת מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופו מה לי איסור דבר אחר. הרי דרק באיסור דאורייתא אי איפשר לחלק בזה. אבל באיסור דרבנן שפיר מחלקינן בין איסור גופו לאיסור דבר אחר. והכא נמי גזירה זו דדילמא מגבה לה והדר מבטל לה הוי רק איסור דבר אחר גרם לה. ואין לומר כיון דלא נתכוין לבטלו רק לאוכלו לא נקרא ביטול כלל וגרוע מנשתברה מאיליה שלא נתכוין כלל. וכמש"כ הר"ן בפרק ג' דר"ה לגבי מצות דא"ל כוונה זהו בשלא נתכוין כלל אבל לא בנתכוין שלא לצאת. והכא נמי איפשר לומר כיון דנתכוין ליהנות ולאכלה גרוע מנשתברה מאיליה. איברא בתוס' יבמות [דף ק"ג ע"ב] ד"ה סנדל וז"ל דאפי' משנקצן הלולב נתבטל. ועיין במהרש"א בביאור זה דאפי' קצצו לצורכו ולא לכוונת ביטול כלל מ"מ הלולב בעצמו נתבטל, גם א"ל דלמאי שכתבתי בזית רענן בחלק ראשון [דף קכ"ו אות ו'] ובתפארת ירושלים מס' שבועות [פ"ד אות כ"ד] דכלל זה הנלמד מסוכה הנ"ל דאזלינן בהא"ג בתר דינא דאוריי' זהו דוקא היכא דעיקר פסולו הוא מגזירת הכתוב כמו בסוכה דבעי' ראוי' לשבעה דוקא הגם דבשאר ימים אין בו שום פיסול אבל בדבר שהפסול הוא מתחלה מעיקר הדין או שפסולו מצד הסברא אזי גם דבר דרבנן מעכב בו כמו דאוריי' ממש :

איברא כד דייקינן בדברי רבותינו הראשונים נתבררו הדברים שגם לדעת הרמב"ם ורש"י ותוס'. דמפרשי' הדברים שנאמרו בגמ' דלפי שאין בו היתר אכילה. או למאן דאמר שאין בו דין ממונא הם כפשוטן. מכל מקום אינו מצד הסברא דלא הוי לכם כלל ודמי לשאול. שהרי מבואר הדבר בריטב"א שם דכל איסורי הנאה מיקרי לכם ממש. ופירש שם בגמרא דהא דאמרינן שאין בו היתר אכילה, הכוונה על הנאה. כדאיתא בפ' כל שעה מנין לחמץ בפסח שאסור בהנאה שנאמר לא יאכל חמץ לא יהא בו היתר אכילה וכיון שנאסר גם בהנאה הרי עומד לשרפה וכתותי מיכתת שיעורי' הרי משמע להדיא דפשיטא ליה דמצד הסברא מיקרי לכם אפילו באיסורי הנאה. וממילא מובן דגם לדעת רש"י ותוס' ורמב"ם שפירשו הדברים כפשוטן מהיכא תיתי נימא דפליגי בסברא זו. אלא דרש"י וסייעתו סברי דכל שאינו ראוי לאכילה איתרבאי מגזירת הכתוב. וכן משמע להדיא [דף ל"ה] מרש"י בד"ה לפי שאין בו היתר אכילה וז"ל ורחמנא אמר לכם הראוי לכם בכל דרכי הנאתו עכ"ל. ומעתה לפ"ז היכא דקנה אתרוג מחבירו ונתן לו מעות ולא משך בפניו. וגם לא אמר לו משוך וקני ונטלו מרשות חבירו שלא בפניו ושלא בידיעתו דמדאוריי' קנה במעות לחוד. ואפ"ה כיון דמדרבנן לא קנה [ועיין תוספות יו"ט עירובין פ"ז משנה י"א] תו אינו יוצא ידי חובתו מדאורייתא כיון דמדרבנן לא קנאו. והרי הוא עודנו של חבירו ולא נקרא לכם כלל. כיון דסוף סוף לא קנה [כמו דאיתא בפ' השוכר את הפועל [דף ס"ג ע"א] גבי אתנן. ובתוס' שם ד"ה והא מיחסרא משיכה. ובזי"ר א"ר בא"ה"ע הלכה ה' סי' ה' עיי"ש]. אבל לענין היתר אכילה שהוא מצד גזירת הכתוב כל היכא דמדאורייתא יש בו היתר אכילה. אע"ג דמדרבנן אסור באכילה יוצא בו י"ח. כיון דבעצמותו הרי הוא שוה לגמרי אלא שאין בו היתר אכילה מדרבנן. כיון דכל עיקרו הוא מצד גזה"כ. וכיון שיש בו היתר אכילה מדאוריי' כבר נתקיים בו גם הדבר שהוא מצד גזה"כ פשוט הדבר שיוצא בו י"ח. ואין להקשות דאם כן באתרוג של תרומה טמאה נמי נימא כיון דתרומת פירות הוא מדרבנן לחוד הרי יש בו היתר אכילה מדאוריי', זה אינו, דכל היכא שאיסורו בגופו של הנידון חשיבא כדאורייתא ממש. [ודמאי בוודאי הוא איסור מחמת עצמו ע"כ יוצא בה רק משום בידו]. וראיה לזה מפסחים [דף מ"ח ע"א] דמשני על עלי מוקצה מפני שאיסור דבר אחר גרם ליה ואפילו בתרומה בזה"ז דאיכא תרי דרבנן אפ"ה אינו יוצא י"ח דכבר כתבו תוס' חולין [דף ד' ריש ע"ב] בסוף הדיבור פרק השם קדושין הוא. אבל לא להקל ע"י זה :

ח עיין יבמות [דף ק"ג.] בפירש"י בד"ה של תקרובת. וז"ל של תקרובת עכו"ם שמסרו לפניו לשם דורון. וקיי"ל תקרובת עכו"ם אין לה ביטול וכו' עכ"ל, והקשה רמב"ן הא תקרובת כזה לא נאסר, דלא הוי כעין פנים. ונלפע"ד לתרץ דברי רש"י על מכונם ומקורו נלמד מסוגיא דשם. ממשנה שלימה שם פרק ר' ישמעאל [דף נ"א ע"א] דפריך שם מיניה מצא בראשו וכו' פרכילי ענבים ועטרות של שבלים וייניות ושמנים וסלתות וכל דבר שכיוצא בו קרב לגבי מזבח אסור. בשלמא ייניות שמנים וסלתות איכא כעין פנים ואיכא כעין זריקה משתברת, אלא פרכילי ענבים ועטרות של שבלים, לא כעין פנים ולא כעין זריקה משתברת איכא. א"ר אמר עולא כגון שבלרן מתחלה לכך, רש"י שם וז"ל שבלרן מתחלה לצורך עכו"ם. ובבלירתן עבדה לעכו"ם, דהוי כשבר מקל לפניה דדמי לזביחה, עכ"ל : ולפי"ז מובן מעצמו דפירושא דמתני' הכי קאי, דכיון דמצאו בראשו, הרי חזינן שכל מגמתו להקריב דורון לכו"ם. אזי אמרינן דקרוב הדבר ביותר שבלרן מתחלה לכך, והוי כעין זביחה. דאין לומר דמיירי בידעינן שבלרן מתחלה לכך. דאם כן הרי נאסרו מיד ואפי' לא מצאן בראשו נמי. ואפי' חוץ לקילקלין נמי, שהרי כבר נעשו תקרובת, כמו מנסך שלא בפניו. ומעתה נכון הדבר דגם בסנדל שמסרו לפניו לשם דורון, אמרינן דמיד שחתכו מן העור נעשה לשם עכו"ם והוי כעין זביחה. וכמו שבר מקל לפניה. וזה פשוט וברור בעז"ה ית"ש :

ט עיין בסוגיא דסוכה [דף ל"ה] בפירש"י ותוס' ור"ן וריטב"א. ונראה לפענ"ד לברר דבריהם על מכונם. עד מקום שיד קוצר שכלי ובינתי מגעת. הנה עיקר הסוגיא נראה כתמוה, לפירש"י ותוס' שפירשו, דבערלה ותרומה טמאה לא צריכינן להנך טעמי דמפרשי בגמ' לפי שאין בו היתר אכילה או שאין בו דין ממון. ולא

עוד

עוד אלא דמיגרע גרע בהך טעמי שאין בהם פסול אלא ביו"ט ראשון בלבד משום לכם. איברא לקושטא פסולים כל שבעה משום דכתותי מכתת שיעורי'. אלא משום דאית בהו נ"מ למילתא אחריתא למעשר שני אליבא דר"מ. ומה הדבר שהכריחם לזה. ולא מצינו סוגיא כזה שלא יהיה תוכו כברו. וגם קושית מהרש"א היא תמיה עצומה. דא"כ למה נדו מסברא דסברי מעיקרא. דמאן דבעי דין ממון לא בעי היתר אכילה. ותרומה טמאה היינו טעמא משום דכתותי מש"ע. ועל תירוצו קשיא טובא. כמ"ש בז"ר ח"א חלק או"ח בהכשר ד' מינים [סי' ג' אות ב']. ושם תירצתי עיקר הקושיא בדרך חידוד. ועתה נראה לענ"ד לתרץ הדברים בפשטא. דקשיא ליה לגמ' דכיון דקתני של אשירה ושל עיה"נ דמיפסלי משום דכתותי מש"ע. ואם איתא דכולהו מיפסלי משום האי טעמא.. אלא משום דרבותא אשמעינן דלא מיבעיא בשל אשירה ושל עיה"נ דמחוייב לשורפו מן התורה. אלא אפי' של ערלה דאינו מחוייב בעצמותו לשורפו רק משום תקלה לחוד אפ"ה פסול מהאי טעמא. ולא מיבעיא הך דלית ליה הנאה של כלום מתחלה ועד סוף. אלא אפי' תרומה טמאה לכהן דשרי ליהנות בשעת שרפתן אפ"ה נפסל משום האי טעמא דכתותי מש"ע. וכמו שפירש הריטב"א בשם מורו, עיי"ש. אבל לדעת רש"י ותוס' בפירושא דגמרא לא ניחא להו בזה. דאכתי הוי ליה למיתני לכולהו בהדי הדדי. וליתני חד פסול אכולהו. ותלתא פסול למגן הוא דנקט ליה. ומשו"ה פליגי בגמרא, חד אמר לפי שאין בו היתר אכילה, ואתא לאשמעינן במאי דנקט ליה בפ"ע. דאית בהו עוד פסול. מלבד דכתותי מש"ע. בכדי לידע דמעשר שני בירושלים דקתני בסיפא הוא אפי' לר"מ. ולמאן דאמר לפי שאין בו דין ממון אתא לאשמעינן דסיפא רבנן. ולר' מאיר פסול. ולפ"ד דלמאן דאמר דין ממון לא בעי היתר אכילה פליגי ג"כ בדבר זה בכדי לברורי לן בפירושא דמתניתין במאי דפליגי ב"ש וב"ה בדמאי. אבל בטבל גמור גם לב"ה פסול. ולמ"ד שאין בו דין ממון גם בטבל גמור יוצא. והא דקתני דמאי, או משום רבותא דב"ש. או משום דמיירי בתרומה טמאה של דמאי, וכמו שכתב הרמב"ן. ומשו"ה מקשינן מדקתני תרומה טמאה בפני עצמה, מכלל דאתי לאשמעינן דיש בו עוד פסול אחר מלבד טעמא דכמש"ע דכבר נשמע מרישא דשל אשירה ושל עיה"נ. אלא לאשמעינן דהיתר אכילה לכולי עלמא בעינן:

י בתוס' [דף ל"ה] ד"ה לפי, שהקשו על לולב דאשירה דריש פרקין דלמה ליה לטעמא דכמש"ע. ולימא משום שאין בו דין ממון. והא דלא הקשו כן בשמעתין על אתרוג גופה. ולמאי שכתבתי לעיל [באות הקודם] ניחא דבע"כ צ"ל דפסול דרישא הוא משום כמש"ע. בכדי שיתיישב לן בסיפא גבי ערלה דלא כללוהו בהדי רישא. דאתי לאשמעינן דיש בו עוד פסול אחר. וכ"מ לגבי טבל וכמש"ל. אבל גבי לולב דלא קתני אלא אשירה ועיה"נ. ובחד פסול על שניהם, הוא דקשיא להו [וכמש"ל באות ז']. והוא דאז גם אשירה של עובד כוכבים וביו"ט שני יפסל. דהכי דלא שייך גביה טעמא דכמש"ע דאפשר בביטול. מכל מקום יפסל לפי שאין בו ד"מ. דלענין זה לא סגי לן במאי דאיפשר. דהא גם בטבל דסופו להפריש אפ"ה מיפסל כל זמן שלא הפריש. רק לגבי כמש"ע מילתא אחריתא הוא, דכל שאפשר בביטול אזי עיקרו צד קל יש בו. ואפי' נסתיים מילתא שלא ביטלו אח"כ. משא"כ בעכו"ם של ישראל דאסורה בעצמותו. וכן משמע להדיא מדברי תוס' יבמות [דף ק"ג ע"ב] בד"ה סנדל וכו' וז"ל וקודם ביטול כיון דראוי לבטל לא מיכתת שיעוריה. אע"פ שלא נתבטל עדיין, עכ"ל:

עוד יש לפרש בכוונת קושית תוס'. דכ"מ במצה של עיה"נ או של עכו"ם דישראל, ובאין לו מצה אחרת. דכתותי מש"ע ליכא שאינו צריך לאכול כזית ביחד רק בכדי א"פ. [ובכה"ג תו ל"א כמש"ע וכן כתב התורת גיטין סי' קכ"ד]. ועשה דמצה דוחה ל"ת דלא ידבק. ואפי' לתירוצו דירושלמי גבי חדש אפשר לומר דזהו היכא דהלא תעשה הוא לאחר הדיבור, אבל על עכו"ם גם ב"נ מצווים. עיין תוס' קידושין [דף ל"ח] בד"ה אקרוב. ותירוצם השני לא שייך הכא משום דעבודת גילולים מאיס ובדילי אינשי מיניה. כמבואר בש"ס ביצה [דף ל"ט ע"א] דלא גזרינן שלהבת אטו גחלת מהאי טעמא. ועיי"ש בתוס' ד"ה הקדש. אכן לטעמא דאין בו ד"מ ולא מיקרי לכם. אזי אין יוצא י"ח כלל. ואפשר דאע"ג דב"נ מצווה על עכו"ם. זהו על עיקרו וכלל של עכו"ם. אבל לא על פרטיהן שיאסר הנעבד בהנאה וכיוצא בו, וצ"ע לדינא. וכיון שטעם זה כולל יותר מטעמא דכתותי מש"ע, זו היא דקשיא להו לתוס' דהוה ליה למינקט מטעם זה שאין בו דין ממון. דנכלל בזה גם לגבי מצה. וע"ז תירצו כיון דטעם זה דכמש"ע כולל יותר במקומו לגבי לולב עצמו למיפסל בכל ז'. משו"ה נקטו לטעם זה:

סימן יד

עוד בענין הנ"ל ובדין מע"ש לענין חלה

א עתה נברר ונלבן הדברים שיצאו מפי רבותינו הראשונים בדין מעשר שני בגבולין לענין חלה ושאר דברים. ומקודם נחקורה בדברי רש"י סנהדרין [דף קי"ב] בד"ה אבל בגבולין, וז"ל שאין לה היתר אכילה אלא בפדיי' ד"ה פטורה מן החלה דממון גבוה היא. לישנא אחרינא, אבל בגבולין דאין לה היתר אכילה בשעת חיוב חלה. דהיינו בשעת גלגול העיסה לא קרינן בי' ראשית עריסותיכם וכו' עכ"ל. ונראה בעליל דבתרווייהו לישנא נקט לי' למאן דאמר לפי שאין בו היתר אכילה. שכן הוא לפסק הלכה [ברמב"ם פ"ח מלולב ה"ב, ופ"ו מה' בכורים ה"ד ובכ"מ שם]. רק דללישנא קמא ס"ל לרש"י דר"א ס"ל דבגבולין ממון גבוה הוא. ולהכי אין בו היתר אכילה לכ"ע, וללישנא ב' ס"ל דאפי' ממון הדיוט הוא אפ"ה אין בו היתר אכילה. ולהבין הדבר במישרים צריכים באור רחב, ועיין קידושין [דף נ"ג ע"ב] בתוס' ד"ה איהו, הכריעו עפ"י ראיות מוכחות דבגבולין ממון הדיוט, ויכול לקדש בו בגבולין שתהיה מקודשת מיד. וטעמא דר"א הוא לפי שאין בו היתר אכילה, וכלישנא בתרא דרש"י בסנהדרין, וכלישנא בתרא דקידושין דאחד בחבריה מישך שייכי, כמבואר. דללישנא קמא בקידושין דאונסא דאורחא מצד הדין על המקדש הוא לפי שאין הקידושין נתפסין מיד בעודם בגבולין. הוא מפני שעודנו ממון גבוה הוא. ואינם חלים רק בירושלים, ששם ממון הדיוט הוא לרבנן. אבל ללישנא בתרא שהוא רק מפני התרעומות, לפי דקידושין חלים מיד, והוא שיתן לה כל כך שיהיו שווים למוכרם בשוה פרוטה למי שירצה להוליכם לירושלים. כמבואר יותר בריטב"א שם, והוא כלישנא בתרא דרש"י דסנהדרין דלאו ממון גבוה הוא. וכן הוא בתוס' בכורות [דף ט']:

ויש להבין דבסוכה [דף ל"ה] בד"ה לפי, נקטו בסוף דבריהם דנימא מע"ש בגבולין ואליבא דכ"ע לפי שהוא ממון גבוה ולהכי יש בו היתר אכילה. אבל אין בו דין ממון. ואנו להיפוך בכמה הדרגות ממה דהחליטו בקידושין דממון הדיוט הוא ואפ"ה אין בו היתר אכילה. ועיין במהרש"ל שדבריו המה נגד כל הדעות של הראשונים בזה, ועיין בר"ן סוכה שפירש ג"כ במתניתין לדינא דאפי' בגבולין יוצא במע"ש לרבנן. ומפני שיש בו היתר אכילה בירושלים, וקשיא מסנהדרין. ודוחק לומר דר"א ס"ל לפי שאין בו דין ממון, ובדין ממון אזלינן בתר מקומו ושעתו, או דס"ל דחלה שאני, וכדברי מהרש"א מפני שיש בו תרי מיעוטים:

ולבאר כל זה בביאור נכון לכל השואלים דחופים להבין הדברים לאשורם. ומקדם נתבוננה בדבר פשוט ומוכרח. ומזה נעלה במסלה להבין גם בעומק הדברים הנ"ל. דהנה נראה בעליל דפשיטא להו לבעלי התוס' דאפי' תרומה ביד ישראל יוצא בו, מפני שיש בו היתר אכילה לכהן כמ"ש שם [דף ל"ה ע"ב] בד"ה דאי בעי. ובר"ן במתני' מבואר דפשיטא ליה להיפוך דדווקא כהן הוא דיוצא י"ח אבל לא ישראל. איברא לקושטא לא פליגי. דבעיקר סוג זה לא פליגי כלל. דעיקר הגורם מפני שאין בו היתר אכילה. זהו היכא שאין בו ה"א כלל לכל ישראל. איברא כל זמן היכא שהוא שלו, כגון ערלה וכלאי הכרם ותרומה טמאה שבעצמותו הוא שלו רק שנוסף לו עוד דלענין לכם בעינן נמי שיהיה בו היתר אכילה. ולזה מהני היכא שיש היתר לאחד מהם, ולהכי בדמאי שהוא קנינו לכל דבר. אזי די לענין היתר אכילה לפי שיכול להאכילם לעניים. וכן בתרומה שנפלה לו מבית אבי אמו כהן, או שקנה מיד כהן למוכרם

למוכרה לכהנים אע"ג דאינו רשאי, כדאיתא [פ"ז דשביעית מ"ג]. ובתרומה כי האי מיירי בתוס'. ור"ן בע"כ מיירי בתרומה שהפריש ישראל משלו. אזי פשיטא דאין יוצא בו כיון דגופו אינו שלו. מידי דהוה כמו שאול. איברא כן הדברים למ"ד דתלוי בהיתר אכילה ואפי' בדבר שהוא שלו ויש בו ד"מ גמור, בעינן נמי שיהיה מותר באכילה כגון של טבל דמותר בכל הנאות שאין של כילוי. אפ"ה אינו יוצא בו. ולמסקנא דהיתר אכילה כ"ע לא פליגי דבעינן. ולכן כל כה"ג אזי מספיק שיש בו היתר אכילה לאחרים. אבל למ"ד דאפי' כשיש בו ה"א לעצמו בעינן נמי שיהיה בו דין ממון לעצמו, ומשום האי טעמא אינו יוצא במע"ש בירושלים לר"מ. אזי פשיטא דלא סגי במה שיש בו ד"מ לאחרים, דבדין ממון מסתבר דלא תליא רק בבעלים עצמן. ובדמות ראיה לזה מקושית הש"ס מתרומה טמאה בשלמא וכו' אלא למ"ד לפי שא"ב ד"מ הרי מסיקה תחת תבשילו. משמע מפשטא דלא קשיא ליה אלא מת"ע שביד כהן. אבל בת"ע שביד ישראל שנפלו לו מאבי אמו כהן או כשקנה בשוגג תרומה מכהן ונטמאה לא קשיא ליה מידי, לפי שאין לבעלים עצמן דין ממון. וכל עיקר הקושיא מדסתם לן משמע נמי דאפי' כהן עצמו לא יצא, שהרי מלינן למידחי דמתני' מיירי ביד ישראל דווקא, וכנ"ל. דהשתא אין לבעלים היתר הסקה ואין לו ד"מ. ביותר הו"ל להקשות בסתמא. ולימא, הרי יש בו היתר הסקה ואפי' ביד ישראל נמי, ומדקאמר הרי מסיקה תחת תבשילו משמע דעל ת"ע שביד כהן הוא דקשיא ליה לפי דדין ממון תליא רק בבעלים לחוד:

ולפי"ז לאחר שנתברר לן כל זאת. עמדו רבותינו בדברי ר"ח בסנהדרין ולפי דפשיטא להו דלענין היתר אכילה. כשם דסגי לן כשיש במציאות היתר אכילה לאחרים ה"נ מכש"כ דליסגי לן כשיש לו היתר אכילה כשיגיע לירושלים אע"פ שאין לו היתר אכילה במקום זה [וכ"כ התוי"ט] וגם פשיטא להו דר"ח ס"ל כמאן דאמר דבהיתר אכילה תליא מילתא דכוותיה פסקו כל הפוסקים וכמ"ש לעיל. ולהכי פירש"י בלישנא קמא דבגבולין פטור מע"ש מן החלה לפי שאין לו היתר אכילה. הגם דיש לו היתר אכילה בירושלים. ולא גרע מהיכא דאין לבעלים ה"א דדי אם יש לאחרים ה"א. והכא נמי אף דבמקום זה אין לו הרי יש לו במקום אחר, אולם כ"ז היכא שהוא ממונו וכגון בישראל שנפל ליה תרומה מאבי אמו כיון דממונו הוא אזי לענין ה"א לחוד מספיק לן גם בה"א דאחרים או במקום אחר. אבל מע"ש בגבולין דממון גבוה הוא אזי אין יוצא י"ח ולא מיקרי לכם עד שתהיה לבעלים עצמם ה"א במקום זה, אע"ג דלדידן דפסקינן דבה"א לבד תליא מילתא ומע"ש בירושלים חשיבי לכם לר"מ אע"ג דממון גבוה הוא. זהו כשיש לבעלים עצמן ה"א באותו מקום וכעין שפירשנו לעיל גבי תרומה להשוות דברי ר"ן עם בעלי התוס'. איברא דברי רש"י בלישנא בתרא דגם בגבולין לאו ממון גבוה ואפ"ה ס"ל לר"ח דפטור מן החלה לפי שאין בו ה"א עודנו מוקשה. כיון דכל עיקרו של דין ממון בקידושי אשה תליא והשתא דיכול לקדשה גם בגבולין מעכשיו וכל"ב דרש"י בקידושין הנ"ל הרי יש לבעלים בהם דין ממון גמור. ובכה"ג הרי סגי לן בה"א לאחרים. ומכש"כ כשיש לבעלים ה"א בעצמן במקום אחר כמו בדמאי ותרומה שנפלו לו בירושה מאבי אמו כהן. וכמ"ש לעיל בביאור דברי תוס' הנ"ל ולהשוות דברי ר"ן עמהם:

לכן נראה לענ"ד בביאור דברי רש"י בלישנא בתרא. [וכן הכריחו תוס' בקידושין ובכורות כל"ב דרש"י]. וטעמא דמלתא דנהי דלאו ממון גבוה, ויכול לקדש בהם גם בגבולין מעכשיו, אפ"ה פטור מחלה דבעינן ראשית שיריה ניכרין והוא שחלה תהיה אסורה והשאר הותרה לזרים ובגבולין גם השיריים אסורין בשעת לישה. מאי אמרת דכיון שיש בו ד"מ שהרי יכול לקדש מעכשיו הרי סגי בהיתר אכילה דמקום אחר. דזה אינו דגם בדין ממון שבו בעינן שיהי' שיריים ניכרין ובזה נהי דיכול לקדש אשה בשיריים. אבל אינו יכול לקדשה מעכשיו בפירות דשוין פרוטה בירושלים, אלא צריך להוסיף לה פירות כל כך דיהיו שווים פרוטה באותו מקום שקידשה דבכל דיני ממון הולכים אחר מקומן ושעתן ובכה"ג הרי הוא בחלה עצמו שהפריש יכול לקדשה כשיוסיף לה כ"כ עד שיהיה הטובת הנאה שוה פרוטה. וכיון דבדין ממון שבו אין כאן שיריים ניכרים הרי דינו לענין חלה כאילו אין בו ד"מ כיון דלא מיגדר בזה כפי סוג של חיובו והדר דינא דבעינן שיהיה בו היתר אכילה לבעלים עצמן במקום לישה והפרשה כיון שאין בדין ממון שבו להשלים החיוב בהפרשה זו. ועיין פסחים [ל"ג ריש ע"ב] בתירוצא דרב הונא בריה דר"י אלמא דאפילו היכא דדבר אחר גורם שאין שיריים ניכרים נמי אינה קדושה. ועיין בר"ן שמביא כן בשם ר"ח ורמב"ן. וכן פסק הרא"ש [בסוף פרק האיש מקדש] דטובת הנאה ממון. [א"כ גם בחלה יכול לקדשה בט"ה שוה פרוטה], וכן נראה מדברי תוס' בב"מ [דף ו'] בסוף ד"ה והא. דמהדרי שם לתרץ האי דבן לוי דחטף מתנתא גזילות הוא ואינו מחוייב לשלם דמיירי כשאכלו משמע דסברי להלכה דטו"ה ממון ואין לומר דרבא לשיטתו דס"ל בנדרים [דף פ"ה ע"א] טו"ה ממון, לו יהי כן מכל מקום נקוט מיהת בידך דמסתבר להו דרבא ס"ל כן. וממילא מוכח דפסקינן כבתראי ולא ניחא להו בתירוצא של ש"ך [בחו"מ סי' ש"ן] דדוקא בנדרים לחוד הוא דס"ל לרבא כן. משום דוויתור אסור במודר הנאה:

ב **ולאשר** עודנו הדברים סתומים קצת וצריכים ביאור. נראה ללבן הדברים לאשורם לפענ"ד. דהנה לכאורה הענין בכללו תמוה. דאמרינן באתרוג של ערלה הטעם לפי שאין בו ד"מ. ופירש"י ז"ל שאינו שוה פרוטה דאיסורי הנאה הוא הלכך לאו שלכם הוא עכ"ל. ובד"ה קס"ד וכו' כתב ז"ל ואע"פ שאינו ממונו לר"מ דאמר בקידושין מע"ש ממון גבוה ואינו נכסי הדיוט לקדש בו אשה כשר לצאת בו עכ"ל. אלמא דכל עיקרו של דין ממון תליא בקידושין. דהיכא דאם קדשה מקודשת דין ממון קרינן בי', ועיין קידושין [דף נ"ו ע"ב] בתוס' ד"ה המקדש בערלה יעוי"ש. ותמלית דבריהם. או דמיירי כשקדשה. רק בדלא שוין פרוטה שלא כדרך הנאתן, או דלא ידעה שאיסורי הנאה הוא והוה קידושי טעות, ומעתה אם מודיע לה שאיסורי הנאה הוא. והוסיף פירות עד ששוין פרוטה שלא כדרך הנאתן, הרי היא מקודשת ויש בו ד"מ, כיון דכל עיקרו של ד"מ בקידושין תליא מלתא. ואמאי אין יוצא בו. ואין לומר כיון דאסור לקדש בו. משום דהוא איסור הנאה. ומשום זה לבד נפקא ד"מ שלו. חדא, דמלישנא דרש"י הנ"ל דנקט שאינו ש"פ דא"ה הוא, משמע דבשווי' תליא מלתא. ועוד דהא קידושין [דף נ"ב ע"א] בתוס' ד"ה המקדש בפירות שביעית כו'. כתבו וז"ל אי נמי יש לפרש דאע"ג דאסור לקנות מהם חפץ דכתיב לאכלה ולא לסחורה ה"מ לכתחלה אבל בדיעבד המקח קיים. וכן גבי אשה בדיעבד מקודשת עכ"ל, ועיין סוכה [דף ל"ט] דפשיטא לי' לגמרא היכא דלקט או קנה אתרוג בשביעית דיוצא בו. אע"ג דאסור למוכרו. ואפי' לרב אסי דתלי נמי בדין ממון ואע"ג שאסור לקדש בו, מכל מקום כיון דבדיעבד מקודשת. דין ממון קרינן ביה, ואמאי אינו יוצא באתרוג של ערלה, כיון דאם קידש בו בשוה דרך משל עשר פרוטות עד ששוה פרוטה שלא כדרך אכילה, והודיע לה מקודשת, וגם אין לומר דזה עצמו גדרו של דין ממון, דכל שאר פירות דכוותי' שוין פרוטה, והוא מחמת האיסור שבו אין שוה עד שיוסיף בכפלי כפלים בכדי שיהיו שוין פרוטה שלא כדה"א, זהו עצמו אפקעתא לדין ממון שבו. דאם כן מאי מקשה מתרומה טמאה והרי מסיקה תחת תבשילו, ויש בו ד"מ, הלא ע"י איסור תורה נפחת דמי' ולא הגיע שווי' רק לדמי עצים, ואפ"ה ד"מ יש בו, אלא שמע מינה דבהכרח הענין יאלצנו ליסוד מוסד, דווקא ע"י הצטרפות שניהם. הוא שיתלכד בהם הפקעת ד"מ, והוא כשאסור מה"ת לקדש בהם, וגם כשיקדש בהם יפחת משוויין ע"י איסור הנאה שבו. אזי נפקע ד"מ שבו, אבל באחד מהם לא נפקע מדין ממון שבו, ולהכי בת"ע כיון דשרי לכהן לכתחלה להסיקו תח"ת. לא נגרע מד"מ שבו אע"ג דנפחת משוויו, והגיע רק לדמי עצים, וכן בפירות שביעית, אע"ג דאינו רשאי מה"ת למוכרם או לקדש בהם. כיון דבדיעבד אם קדשה מקודשת, ולא נפחת משווי' מידי, לכן לא נפקע מד"מ שבו מידי, רק בערלה דנתלכדו שניהם יחד, הוא דנפקע ד"מ שבו לגמרי:

ונהדרין למאי דכתבנו דגבי מע"ש בגבולין לל"ב דרש"י דלאו ממון גבוה הוא. ויכול לקדש אשה בגבולין מעכשיו, ובלבד שיתן לה פירות כ"כ בכפלי כפלים, בכדי שיעלו לשוה פרוטה במקומם על מנת לאוכלן בירושלים, וכיון דמותר מה"ת לקדשה בגבולין מעכשיו, הרי הוא עודנו בדין ממון, לכן גם למסקנא דבהיתר אכילה לכ"ע לא פליגי דבעינן בדבר דקפדא רחמנא

דבעינן

דבעינן לכם, וגם בדבר שיש בו ה"א פסקינן כמאן דאמר דלא בעי ד"מ, ומשו"ה יוצא במע"ש בירושלים אפי' אליבא דר"מ דממון גבוה הוא, אכן גם לדידן איכא מעליותא לד"מ, היכא דאין לבעלים ה"א במקומן, או שאין לו ה"א כלל, רק לאחרים, אזי תליא בד"מ. דהיכא דיש לו ד"מ, אזי סגי גם להיתר אכילה שבו היכא דהותרה לאחרים, או שלא במקומם לעצמו, כמו שהוכחנו לעיל מרבותינו הראשונים גבי תרומה [באות א']. ולפי"ז ק"ל בדברי ר"ח אמאי פטור מן החלה בגבולין, כיון דמדין ממון לא נפיק, אף שנפחת' משוויה ע"י איסור תורה מ"מ לא גרע מת"ע דעודנו עטוף בדין ממון כיון שרשאי לכתחלה לקדשה מעכשיו, שוב סגי בה"א שעתיד לבוא לבעלים עצמן כשיביאנה לירושלים, דנלמד מכה"ג. מה"א דאחרים דסגי היכא שיש לו ד"מ. וחתרנו לדעת דבעינן חלה דווקא הוא דאמר ר"ח לפי דבעינן שיריים ניכרים. ובמע"ש אין שיריים ניכרים. דכשם שיש ד"מ בשיריים לכשיוסיף בכפלים, בכדי שתהיה שו"פ למוכרה, בכדי שיוליכה לירושלים, הרי כמו כן איתא גם בחלה גופא שיוסיף כ"כ עד שישוה טובת הנאה בירושלים בדמי פרוטה. הגם דבחלה צריך להוסיף בכפלים מן השיריים. לפי שאינו אלא לפי דמי ט"ה בירושלים, דסוף סוף שיכנס יצאו ע"י איסורן מדמי שוה פרוטה של שאר פירות. תו לא איכפת לן לד"מ שבהם בריבוי הוספה או במיעוטו. ולפי"ז דברי ר"ן במתניתין דסוכה ניחא בפשטא, דאתרוג של מע"ש כשר אפי' בגבולין, דס"ל בפירושו דר"ח בסנהדרין כל"ב דרש"י שם. וכאשר הכריחו בתוס' שם. דלרבנן גם בגבולין ממון הדיוט הוא לקדש בו אשה מעכשיו, ובלבד שיוסיף בפירות עד שיעלו שווי הפירות בכאן לכדי ש"פ, וכיון שיש לבעלים בהם ד"מ, אזי סגי לן גם בה"א שיגיע לו אח"כ במק"א. ולפי"ז עיקר דינו דר"ח הוא רק לענין חלה, ומטעם אחר, דלפי דבעינן שיריים ניכרים הוא דאין לו ה"א וכמ"ש לעיל. אבל לשאר ענינים דבעינן לכם לא איכפת לן, וגם במע"ש בגבולין לרבנן יוצא בהם. שהרי יש לו ד"מ וה"א:

ג **ועתה** עפ"י הצעת דברים הללו יתבארו דברי תוס' בסוכה שהם תמוהים וסותרי דבריהם בקידושין מהיפך להיפך. דהם פשיטא להו דאפי' דבגבולין לאו ממון גבוה הוא. אפ"ה לית בהו ה"א, ובסוכה קשיא להו דהו"מ למימר נמי מע"ש בגבולין ואליבא דכ"ע. ובע"כ צ"ל דאפ"ה יש בו ה"א, רק ד"מ הוא דלית ליה. וצריכא להקדים לזה מלתא דמסתברא בפשטא. דנהי דלמ"ד ממון גבוה הוא יכול לקדשה שיחולו הקידושין בירושלים. ואפשר לומר דאפי' בש"פ לבד ג"כ מקודשת, וזהו מפני שנתרצה בכך. אולם כשאנו דנין בדבר שצריך לכם. והוא שיהיה בו ד"מ ג"כ. [ותמצא לומר דחשיב ג"כ ד"מ ע"י זה לפי שבידו לעשותן ממון אע"ג דהשתא מ"ג הוא. אולם להלן יתבאר דד"מ שאני], אזי פשיטא דליכא ד"מ השתא בשווי פרוטה כשאר פירות חולין, אלא שיש ד"מ בכפלי כפלים שבו, ומ"מ יש בו ד"מ הגם שיצא מש"פ, לא גרע מת"ע דיש בו ד"מ הגם שלא הגיעו אלא לדמי עצים, דמי פתי שיקנה מע"ש בגבולין שיהיו קנויים לו בירושלים ויתן דמי מחירם כמחיר חולין גמורים, שיכול לאוכלם או למוכרם כאן בלא טורח והוצאות הדרך, וכיון שכן שפיר נוכל לומר דמע"ש בגבולין אע"ג דמ"ג הוא יש בו ה"א לכל דבר, שהרי בידו להוליכם לירושלים ולאוכלם שם, אטו פירות שצריכים טחינה והרקדה ואפייה ואינם ראויים לאכילה בלא זה, הרי הושוה דינם לכ"ד כאילו יש בו ה"א מיד, וטעמא דר"ח דפטור מחלה הוא לפי שאין שיריים ניכרים, וכמש"ל כיון דגם בשיריים צריך להוסיף נגד שווי חולין, וכיון שיצא מגבול ש"פ מחמת איסור תורה, א"כ גם חלה עצמו כן, אם יוסיף עד שיהיה ש"פ בדמי טו"ה שבו, גם בחלה עצמו יש בו ד"מ לרוב הפוסקים דטו"ה ממון. איברא כאשר נתבונן בזה דמבואר דגם ללישנא קמא דרש"י, דגם לרבנן מע"ש מ"ג הוא בגבולין ואפ"ה יכול לקדש בהם שתהיה מקודשת בירושלים, ואמאי, מי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש ולקמיה קדיש, כדאיתא בכמה דוכתי. וצ"ל דדמי בזה להא דאיתא בפ' אע"פ [ריש דף נ"ט] שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנו תיקדש דקדשה. מפני דלסוף עשר שנים בידו לפדותו. וה"נ בידו להביאו לירושלים ולקדשה שם.. וכל שבידו לאו כמחוסר מעשה. אלא דאכתי קשיא, דנהי דבידו להכניסה לירושלים הרי אכתי השתא לאו ממונא הוא, וצריך שיהוי יום או יומים עד שיגיע שמה, וכל כה"ג לאו ממונא הוא אלא בכלל גורם לממון הוא, כדאיתא בפסחים [דף כ"ט] באוכל חמץ של הקדש במועד דלא מעל. אלא לר"ש דס"ל גורם לממון כממון דמי [ודוחק לומר דר"י ס"ל כוותיה]. אלא בע"כ צ"ל כיון דמעיקרא הכי קידשה שיחולו רק בירושלים ושמה יהיה ממון גמור. ולא קשיא לדעת תוס' רי"ד גבי עשה לי שירים ונזמים ואמר הרי את מקודשת לכשאעשה ואמרה הן, דאפילו בהוסיף לה נופך משלו אינה מקודשת עד שיאמר לה אח"כ, הרי דאפילו בדבר שבידו, אפ"ה צריך לקדשה אח"כ מחדש, עיין ב"ש [סי' כ"ח ס"ק ל"ט]. והשתא בדינא דר' יהודה דאמר בשוגג לא קידש ובמזיד קידש. צ"ל דלא קידשה אח"כ בירושלים. דא"כ בשוגג נמי. וכיון דהשתא כשקידשה בגבולין. הרי ממון גבוה הוא באותו שעה, ונהי דבידו להביאם לכלל ממון לאחר יום או יומים. מ"מ השתא הם רק בסוג גורם לממון. וכיון דלאו כממון הוא בשעת נתינה לידה יצטרך לקדשה אח"כ מחדש. אלא לקושטא לא דמי. דהתם שאני דנתחדש אח"כ דבר חדש לגמרי. והוא תואר הכלי שקידשה בו מה שלא היה בשעה שקידשה. ודמי למאי שכ' הרשב"א [קידושין נ"ו] ותוס' [פסחים כ"ט] ד"ה אין גבי איסורי הנאה לענין מעילה וקידושין דאע"ג דלעפרן ש"פ. כיון דנשתנו לגמרי ממה שהיו לא מועיל בזה במה שבידו לשורפה ולהביאם לכלל ממון. אבל במע"ש שהפירות כמו שהן יש ביד הבעלים להביאם לכלל ממון. והוא קידשה מעיקרא ע"ד כן. אזי לכ"ע א"צ לקדשה מחדש. איברא כ"ז ניחא גבי קידושין כיון דמעיקרא הכי קידשה שיחולו הקידושין בירושלים. וא"כ חלות הקידושין ודין ממון של הפירות תרווייהו בהדי הדדי קא אתיין. ולכן אע"ג דבשעה שקידשה לא הוי אלא בכלל גורם לממון לית לן ביה. כיון דבשעת חלות הקידושין הרי יצאו לכלל ממון גמור. אבל בדבר מצוה דלמ"ד דלא מיקרי לכם עד שיהיה בו ד"מ לבד מהיתר אכילה. אזי פשיטא היכא דבשעת עשיית המצוה לא היה אלא בכלל גורם לממון דלא מיקרי לכם. מפני שלאחר זמן יצא מכלל גורם ליכנס בסוג ממון גמור:

ולפי"ז הכי אזדא קושית תוס' הנ"ל בסוכה, דלדעת רש"י בל"ק בסנהדרין ובקידושין [דף נ"ג] דבגבולין גם לרבנן מ"ג הוא. דא"כ הו"ל למ"ש לומר הנפקותא במע"ש בגבולין. ואפי' לרבנן, דגבי היתר אכילה שהוא רק מצד גזיה"כ [כמש"ל בסי' י"ג אות ז'] והרי יש בו ה"א כיון דבידו להביאם לכלל היתר וכל שבידו עדיפא עוד מדבר שיש בו ה"א לאחרים. דצריך לזה גם הצטרפות של דין ממון כמש"ל. אכן בדבר שבידו לגמרי. הרי זה כאילו הותרה מיד לעצמו. ותו א"צ לד"מ כלל כיון דס"ל דתליא רק בה"א לבד. אבל למ"ד דצריכין לתרווייהו ה"א וד"מ, וכל הנוגע לד"מ אזי צריכין שיושלם הדבר בגדרו של ממון גמור. וכל היכא דהשתא לאו ממון גמור הוא. אזי נפקע שם ממון ממנו. ולא נקרא אלא בכלל גורם לממון. והשתא דאתינא להכי. בע"כ צ"ל לדעת תוס' דמסתבר להו דדבר שבידו להביאו לכלל ה"א גם לבעלים עצמן רק שהמקום לבד הוא שעומד לנגדו. אזי לדידן דפסקינן דבה"א לבד תליא וא"צ לד"מ כלל. ה"ה נמי במע"ש בגבולין. אזי בין לל"ק דרש"י דממון גבוה הוא ובין לל"ב דרש"י יוצא י"ח דחשיבי לכם. וטעמא דר"ח בסנהדרין דפטור מן החלה. הוא משום דגבי חלה איכא תרי מיעוטי. ובעינן ג"כ ד"מ. וכמש"כ המהרש"א בסוכה. וכיון דלענין ד"מ אין שיריים ניכרים. משו"ה פטור, אבל גבי אתרוג יוצא י"ח דחשיב לכם אפילו לל"ק דרש"י דמ"ג הוא, ובחלה פטור אפילו לל"ב. איברא לדעת רש"י צ"ל דאפי' בדבר שבידו לגמרי להביאו לכלל ה"א לא עדיפא בזה מדבר שהותר באכילה לאחרים ולא לבעלים עצמן דבזה לכ"ע צריכין גם לד"מ. כמש"ל [באות א']. ולפי"ז יוצא י"ח גבי מידי דבעינן לכם לל"ב דרש"י דממון הדיוט הוא. אבל לל"ק גם באתרוג אינו יוצא. אבל גבי חלה פטור בין לל"ק בין לל"ב, אפילו אם נימא דדינו של חלה שוה לכל דבר דצריכין לכם. וסגי בה"א לבד לדידן דזהו דוקא היכא דהותר לבעלים עצמן ומיד. ומעתה לסברת רש"י לא קשה קו' תוס' הנ"ל לל"ק, דכיון דמ"ג הוא ולית ביה ד"מ. א"כ גם גבי אתרוג לא יצא י"ח בגבולין. אפי' למ"ד דתליא בה"א לבד [וע' לקמן סי' נ"ה מעניינים אלו]:

סימן טו

בדיני רבית

(תשובה זאת מחזקת שלשה סימנים)

לכבוד ידיד ה' וידיד נפשי ולבבי, ה"ה הרב המאה"ג בתורה ויראת שמים מעודו ועד עתה, הצדיק המפורסם בכל הגלילות כקש"ת מו"ה נחום שליט"א שהיה אב"ד דק"ק שאדיק, וכעת תקע אהלו בירושלים עיה"ק תובב"א, ואחוזת מרעהו הרבנים הגדולים המופלגים בתו"י, ה' יאריך ימיהם ושנותיהם:

בנידון שאלתו אודות אחד שקנה שטר חוב מחבירו בחדש כסליו שנת תרי"א שהיה לו על ראובן. ולזמן הפרעון הי' עדיין איזה חדשים וקנה ממנו בפחות בעבור שעדיין איננו זמן הפרעון. וזה מותר כמבואר בש"ע יורה דעה [סי' קע"ג סעיף ד'], ושורש הדין מביאו הרי"ף בשם הירושלמי. וכשהגיע זמן הפרעון תבע מהבע"ח מעותיו דחה אותו מלשלם, ואמר לו הלא הוחזקתי על ידך במה שאוכל להרויח בממוני שמגיע לי. והשיב לו מסתמא אראה שלא יגיע לך היזק. ועתה כשפורע לו המעות תובע ממנו מה שהיה יכול להרויח בממונו. וטוען שאתה גרמת לי היזק, ואתה הרווחת בו עד עתה, והלה משיב שלא יוכל ליתן לו ריוח דהוי רבית והתורה אסרה. מאי דינא בזה:

הן החכם המופלג הרב השואל האריך בזה בחכמתו על כל גדותיו בכל צדדי הפרטים בחריפות ובקיאות. ולדעתי אראה מתחילה להשיב את הנראה לענ"ד בעיקר השאלה, ואחר זה נבאר בפרטים המסתעפים, ואחר כל הלז אשתעשע את יד"נ החכם השלם בחידושין שחידש בזה בשעשועין דאורייתא:

א **הנה** לכאורה נראה כדברי החכם המופלג נ"י שדין זה תלי' בדברי הסמ"ע והש"ך [בסוף סי' פ"א] בחשן משפט, דלדברי הסמ"ע אם תבע המלוה את מעותיו לאחר זמן שיכול להרויח בהם והלוה השיבו שיתן לו ריוח. מחויב ליתן לו. ולתירוצו של הש"ך אפשר לומר דפטור:

ולדעתי נראה דבהלואה אין מקום ומקור כלל לחייב את הלוה. אף בדיני שמים. ולא עוד אלא היכא דאמר בסתמא שיתן לו ריוח אזי לדעת הראב"ד [בפ"ו מהלכות מלוה הלכה ג' ובש"ע יורה דעה סי' קס"ו סעיף ב' ובש"ך סק"ח] הוי רבית קצוצה, ולשאר פוסקים מידי אבק רבית לא נפקא, והיכא דאמר לו בפירוש שיתן לו מחצית ממה שירויח. אזי לכולי עלמא לא הוי אלא אבק רבית, כמו שפירש"י גבי מעות יתומים במס' בבא מציעא [דף ע'] בד"ה קרוב לשכר. [וגם היכא דאמר הלוה לאחר זמן הפרעון שיתן לו מחצית שכר והמלוה מפסיד על ידו, אזי לדעת היש של שלמה בב"ק פטור, ומותר משום רבית, ויתבאר לקמן]:

וטעמא דמילתא שהרי מבואר להדיא בש"ס ב"ק [דף נ"ו] בכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה לאוקימתא דרב אשי דשוי' טמון באש דפטור מדיני אדם. וכן פסקינן שם בש"ע חושן משפט [סי' תי"ח סעיף ט"ז], הרי אע"ג דאש סמוך לו ובוודאי יתחייב הלה לשלם. ואפ"ה פטור מפני שעדיין לא זכה הניזק בחיובו דמזיק. ועיין היטב ברמב"ן בדינא דגרמי [דף מ"ג עמוד ד' ודף מ"ד ע"א בדפוס פיורדא] שכתב שם להדיא כן, שאין לחלק בין מבטל כיסו של חבירו מן הריוח או מן תשלומי הפסד שיגיע לו מחבירו, דעיקרא דמילתא מפני שעדיין לא זכה בו הלה, [ועיין מ"ש לקמן בסימן שאחר זה אות ד' בדברי רמב"ן אלו] ואע"ג דהתם חייב בדיני שמים, זהו היכא דאיש אחר בא ועשאו טמון באש וגרם להפסיד לחבירו בדבר שחייבתו התורה, ואע"ג דמציל בזה את חבירו כיון שהלכתו הוא שלא כפלס מאזני תורתנו הק', שהתורה חייבתו והוא נכנס בריב שאינו שלו וגרם לפוטרו. אזי חייב בדיני שמים מיהת. ולהכי לא אישתמע חד מהפוסקים להשמיענו שגם אם המזיק בעצמו שוי' טמון באש שחייב בדיני שמים. אלא וודאי דבזה פטור אפי' בדיני שמים, משום שכוונתו להרויח לעצמו. והדברים עתיקים שגם בדיני דגרמי שחייב לשלם מדינא. פטור לגדולי פוסקים היכא שמתכוין להרויח לעצמו, עיין ש"ע חושן משפט [סימן ס"ו סעיף כ"ג ובש"ך ס"ק פ"א], וממילא נשמע דהיכא שעיקר חיובו הוא רק בדיני שמים אזי לכ"ע יש לפוטרו במקום שמכוין להרויח לעצמו. וממילא נשמע דה"ה בנידון דידן. אע"ג שנתברר שיכול המלוה להרויח בהם והלוה מדחהו בלך ושוב שפטור אפי' בדיני שמים:

וא"ל דשאני גבי טמון שלא עשה מעשה בממונו דחבירו רק שכסהו, דזה אינו ולא ניתן להאמר כלל, שהרי גם בהלוואה הוא ממונו של הלוה לגמרי כמבואר להדיא בפוסקים. ועיין רש"י קידושין [דף ו' ע"ב] בד"ה לא צריכא בשה"ד וז"ל אבל וכו' לאו מידי יהיב לה שכבר הם ברשותה והם שלה עכ"ל:

וכיון דפטור אפי' בדיני שמים רק היכא דיש לו לשלם ומדחהו בלך ושוב אזי עובר על לאו מדברי קבלה, כדאיתא בחושן משפט [סי' צ"ז סעיף ג'], אבל לחייבו ממון. גם בדיני שמים לא מלינן, ובפרט היכא דבאמת אין לו במזומן אזי פשיטא דפטור אפי' בדיני שמים:

לכן היכא שמבטיחו שלא יפסיד על ידי זה או שיתן לו ריוח סתמא, אזי פשיטא דתליא בפלוגתא דרמב"ם וראב"ד הנ"ל אם הוי רבית קצוצה ומאבק רבית לא נפקא לכל הפוסקים, איברא היכא דאמר לו שיתן לו מחצית שכר הרי זה דומה כאילו נתן לו מתחלה להתעסק בהם [למחצית שכר] שהיא הלכה פסוקה שתיקנו חכמינו ז"ל בזה שהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון, עיין רמב"ם [בפרק ו' מהלכות שלוחין ושותפין הלכה ב'], ובמרדכי סוף פ' החובל גבי קרע את כסותי גבי מלוה לאחר זמן פרעון ואמר לי' יהיה בידך למחצית שכר דאמרינן שכוונתו היה על עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, רק דפסק דלא מהני מידי כיון שכבר נתחייב באחריותו ודמי לדאתי לידו בתורת שמירה. דל"מ מה שאמר לו אח"כ קרע את כסותי [וכן פסקינן בחושן משפט סוף סימן ק"כ ובכמה דוכתי], וכתב היש של שלמה ב"ק פרק החובל [סימן ע'] אע"ג דמתחלה בתורת מלוה אתי לידי' ושוב לא נשתנה הענין בדיבורא בעלמא, מ"מ אם נתן הלוה מחצית הריוח לית ביה משום רבית. אע"ג דמצד הסברא נראה דכיון דלא מהני התנאי לענין הפסד שיהיה המחצית באחריותו של המלוה ה"נ לא מהני לענין הריוח ושוב לא נפיק מכללא דאבק רבית. מ"מ אין בידינו להכריע מצד הסברא נגד דעת הגדולה:

איברא נראה דבכגון זה אמרינן הבו דלא לוסיף עלה. דזהו דווקא היכא שהמלוה התנה כן שיהיה מהיום והלאה למחצית שכר הוא דלית ביה משום רבית היכא דהרויח ורוצה לתת לו, מפני דאמרינן שהלוה סמך על דברי המלוה, שבכלל דבריו שגם אם יפסיד יופחת מחלקו ג"כ כחלי כמ"ש היש של שלמה שם להדיא, אבל היכא שהלוה אמר כן לאחר זמן פרעון שהמלוה לא סמך את עצמו על דיבורו שיודע שלדחותו אמר כן, וממילא לא נתרצה גם כן להכניס את עצמו בפלגא דפסידא. אזי נראה שגם מהרש"ל מודה דמכל מקום מידי אבק רבית לא נפקא:

ועוד ראי' לעיקר דברינו דבהלואה לכ"ע פטור אפי' היכא שהמלוה מברר שיכול להרויח בהם. משו"ע ח"מ [סימן ס"ו סוף סעיף ל"ב בהגה"ה] היכא שמוכר שטר חוב שיש לו על הא"י ברבית וחזר ומחל להא"י דאין צריך לשלם לו רק הרבית שכבר עלה עליו, אבל לא הרבית מהיום והלאה, ועיין בש"ך שם [ס"ק ק"ז] שמשיג גם על זה מפני שרבית איננו נמכר, ואע"ג שהיה יכול לגבותו, דמניעת ריוח לא חשיב היזק יעו"ש, הרי אע"ג דהפסידו ברורה לנו מ"מ פטור, והרמ"א שחולק בזה משום דס"ל שרבית נמכר וכבר זכה זו בקניתו. אבל לכ"ע מניעת ברבית שיעלה עליו לא מחייבינן ליה.

ואע"ג

ואע"ג דבודאי יגיע וע"י מחילתו מפסידו מיד. א"כ מכ"ש בריוח שיגיע למלוה אם יפרע לו שעדיין לא זכה בזה מאומה דלא מחייבינן לי' משום עיכוב פרעונו דלא עשה מעשה בפועל רק בשב ואל תעשה דלית שום צד לחייבו. ואי משום שהוא הרויח בהם, דהא כיון דמלוה להוצאה ניתנה וקנה אותן להוציאן לגמרי, שוב מאי איכפת לן במאי שהרויח במעותיו של עצמו [ואין הנידון דומה כלל לסי' רנ"ב דמחייבינן ליה אם יכול להרויח כמו שיתבאר להלן, ומ"מ יש מקום לקושי' הסמ"ע וש"ך בסוף סי' פ"א כמ"ש לקמן באות ב'], ובזה שכתבנו די לבאר דלא דמי לדברי ב"ח ורמ"ה לקמן [בסי' שס"ג] דהיכא דנעל בית חבירו ואינו מניחו להשכירו דחייב לשלם מפני שמפסידו בבירור. דהתם שאני כיון שביתו ברשותו לכל דבר, והגם שיש לו קנין הגוף יש לו נמי קנין הגוף לפירותיו דהיינו הבית לדור בו, דהוי כמו דקל לפירותיו וע"י מעשיו גוזל ממנו מיהת קנינו לפירותיו מש"ה ס"ל דחייב לשלם הפסידו. משא"כ הכא שהוא רק ע"י העדר מעשיו לחוד, ועוד דבדידי' קא עביד שכבר קנוים בידו מעת הלואה, [ועיין רמב"ן פרק השולח שכתב כן גבי מזיק שיעבודו דהלכו מדינא דגרמי מפני דבדידי' קא עביד מעשה] ומה שהרויח בהן הלוה בשלו מרויח, ולא נתכוין להזיק רק להרויח דעדיף ממוחל בתלתא דרגא דפשיטא דפטור:

וכיון דפטור אפי' בדיני שמים פשיטא דאית ביה משום רבית:

ועוד ראיה דאלת"ה ונקוט דברי הסמ"ע בפשטות שגם בהלואה מחוייב לתת לו ריוח כשהלה מפסיד מה שיכול להרויח והלוה מרויח בהם. אזי מלבד ראיה הנ"ל מטמון באש ומרבית שיצא דפטור המוחל. תקשה לן דא"כ בקל נעקרו כמה תקנות והלכות קבועות. חדא שהרי מקרא מלא דיבר הכתוב ולא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו. והשתא אי תימא שהלוה יתחייב לשלם למלוה מה שהרויח והלה יכול להרויח, א"כ לרוב פעמים יתבטל הלאו לגמרי. שהרי יש אפס מנהו אשר עודנו לא זקפן עליו במלוה והוי כהקפת חנות שאינו עובר עליו. וכיון דמעורב בו מידי שאינו עובר עליו תו לא עבר גם על מלוה, כיון שבמשכון זה יש שמץ מנהו שאינו עובר עליו, כמבואר בנתיבות המשפט [סי' נ"ז] יעו"ש שמביא ראיה לזה משוטחים לארכה ולרחבו. וראיה זו שהבאתי הגם שאינה מוכרחת אבל מכרעת ומסתברת:

ועוד כדמות ראיה מסי' ק"ג דאם ירד המלוה לנכסי הלוה אפי' כשעשאו אפותיקי מפורש והחזיק בהם שלא מדעת הלוה ושלא ברשות ב"ד דכל הפירות שאכל מנכין לו מחובו. והרי הפסיד המלוה ע"י עיכוב הלוה שאילו נתנו לו מדעתו כאשר נתחייב לו בשעת הלואה שעשאו אפותיקי מפורש. הרי כבר הרויח המלוה הפירות האלו, וע"י עיכובו הפסידו לגמרי. ועוד מידי איירי שלא היה יכול להרויח במעותיו. ואפ"ה מנכין לו כל הפירות שאכל בלא שום ניכוי מעיכוב הפרעון ומהפסידו דמלוה:

ב ועתה נבאר דברי הסמ"ע [בסוף סי' פ"א] שלכאורה דבריו תמוהים שהקשה על מלוה מפקדון דמנא ליה לדמותן. ועוד שכבר בארנו דבמלוה לכ"ע פטור. ועוד יש לדקדק דמשמע מדבריו דעיקר קושיתו על מה שהשיב ליונו דלא מהני דיבורו כיון שלא התנה בשעה שנתחייב וגם בלא קנין. וביותר הוי ליה להקשות דאפי' בלא התנה כלל יתחייבו כמו בפקדון:

לכן נראה לפענ"ד למעיין היטב בתשובת הרא"ש שם [כלל ס"ו סי' י'] יתבונן דהעובדא הכי הוי, ראובן תבע לשמעון את חלק בנו שמת, בשטר חוב שיש על שמעון מה שמגיע ממנו מנדוניית אמו של בנו, ותבע גם את הריוח שהבטיח לו. והשיב ע"ז כיון שלא הבטיח לו בשעה שנתחייב לא מהני מידי בדיבורא בעלמא. דמשמע דבשעה שנתחייב מהני ומחוייב לתת לו ריוח הלא זה רבית גמור, שגם אם נימא שכוונתו היה ממה שירויח מ"מ אבק רבית הוא. שהרי אפי' כשיכול להרויח בהם להלוותם לא"י ברבית. התורה חייבתו בהכי להלוותם לישראל בלא רבית [ב"מ דף ע"א]. א"ו דעובדא הוי ששמעון חייב א"ע ליתן לנדן איש אחד בעד אשה הזאת שהיתה עם בנו ואח"כ מת בעלה הראשון ולא הניח אחריו לשלם נדוניא של אשתו, ונמצא שמגיע לה הנדן ע"י שיעבודא דר' נתן ואח"כ נישאת לראובן והיה לו בנים ממנה ומתה ואח"כ מת בנו הקטן שאינו יכול לתבוע מחמת אשתו שאין הבעל נוטל בראוי, כמבואר בש"ע אה"ע [סי' נ' סעיף א'] וטוען ראובן ששמעון הבטיח לו אחר שמתה אשתו ותבע ממנו את חלק בנו הקטן. אזי הבטיח לו ליתן לו ריוח דהיינו ממה שירויח כמו דפסקינן דנכסי יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד. ועל זה השיב הרא"ש דאם הבטיח בשעה שנתחייב הנדן בודאי מחוייב לשלם, דבנדן פסקינן כן דבשעת חיובו מותר לקצוב גם ברבית [כמ"ש בסוף סימן קע"ו וסי' קע"ז סעיף ט"ו] ומחוייב לשלם כאשר קיבל עליו. אבל אם כבר נתחייב הנדן ואח"כ פסק ברבית פטור, ואסור גם משום רבית, ומשו"ה בעובדא הנז. אע"ג דמותר משום דבשעת פסיקה כבר הגיע לנכסי יתומים, מ"מ פטור משום דבדיבורא בעלמא לא נתחייב. [וא"ל שהרי במעות יתומים אפי' לא התנה כלל מחוייב לתת חצי ממה שהרויח, אפי' בלא התנה דהוי כאלו התנה (כמבואר בסי' ק"ה סעיף י"ט ובט"ז שם ס"ק י"ז) דזהו כשהיו מעות של יתומים בשעת הלואה. אבל הכא לא היה בשעה שנתחייב מעות של יתומים. וכן מצאתי במשנה למלך (פרק ד' מהלכות מלוה הלכה י"ד) תוך ד"ה ויש להסתפק בנכסי יתומים דפשיטא ליה סברא זאת]:

וע"ז הקשה הסמ"ע מסי' רנ"ב דכיון דמחייבינן ליה שם כשלווה יד משום עיכוב הפרעון, הרי דאיתא בכלל דין ממון מה שהפסיד הלה ע"י עיכובו והוא הרויח בהם. דנהי דהתם עדיף טפי כאשר נבאר להלן [באות ז' ח'] בארוכה בדרך מישרים בעזה"י. ומשה"ע מחייבינן ליה התם אפי' בלא התנה מ"מ יתחייב הכא כשהתנה אפי' בדיבורא לחודא, שהרי זה עולה במסילה לכא דפסקינן [בסי' קכ"ט ברמ"א סעיף ג' ובסמ"ע ס"ק ג'] כשתובע את חבירו לשלם לו ואין לו ובא חבירו ואמר אני אשלם בעדו. דאזי היכא שפטר את הלוה לגמרי מחוייב חבירו לשלם לו דהוי כערב בשעת מתן מעות שעל פיו הלוהו. וה"נ על פיו פטר את הלוה. ותו נעלה עוד בהדרגה זו ונימא דאיזה נפקותא יש בין מוחל לגמרי לחייבו בכולו, או למוחל לו במקצת לחייבו במקצתו. שהרי מבואר [בסי' ס"ו סעיף כ"ד ובש"ך ס"ק פ"ג] דגם כשמוכר מאריך הזמן פרעון ללוה מחוייב לשלם ללוקח מה שהפסיד לו. וכיון שכן הרי בעובדא זו שכבר הגיע זמן פרעון לשלם ליתומים והיה יכול לנוגשו שישלם לו. וילווה לאחרים קרוב לשכר ורחוק להפסד, ורק משום תנאו שהתנה עמו שיתן לו חצי במאי שירויח מהיום והלאה מחל לו במקצת דהיינו שהרויח לו הזמן פירעון והניחו מלנוגשו עוד ולכפותו שישלם לו בזמנו וירויח בהם. והוא עצמו בכלל דין ממון, ודמי למחל לו במקצת. ומן הדין שיתחייב גם הוא באותו מקצת דמה לן בין מחל לחבירו או מחל לעצמו, כיון שרק מפני הבטחתו הניח לו במה שנתחייב כבר לשלם בזמנו. ומפני הבטחתו נפסד הלה במה שהיה יכול להרויח. איברא זהו היכא דלית ביה משום רבית הן בשעת הלואה והן בשעת התנאי. אבל באמר ערב שלא בשעת הלואה אפי' כשהגיע זמן פרעון, משום דאיסור רבית מפקיע דין ממון שבו והפקעתא דמלכא הוא ומשו"ה פטור הערב לגמרי. וע"ז תירץ דאיירי בתוך זמנו. דאע"ג שמגיע לו רווחא לאחר זמן מ"מ כיון דבשעת התנאי לא נכנס כלום תו לא יתחייב בעבורו, ועיין בב"ש באה"ע [סי' כ"ח ס"ק ל"ח] יעו"ש:

ובסמ"ע שם [סוף סי' פ"א] כתב עוד וא"ל או דאיירי בלא תבעו דהיינו שלא גילה לפניו שיכול להרויח בהם ע"י עסקיו או להלוותם לאחרים. ומשו"ה עודנו לא נכנס בסוגא דממונא שיתחייב חבירו מפני שיתדמה למחול לו במקצת:

והא דהוצרך הסמ"ע להשיג קושייתו מסי' רנ"ב ולא הביא ממתניתין דריש מכות [דף ג'] גבי עדים זוממין, דהזמה שאני דחידוש הוא שהרי לא נפסד חבירו כלום על ידו. דאפי' לדעת הפוסקים דגבי ממון ל"א כאשר עשו שיפטרו מלשלם [כמ"ש תוס' בבא קמא דף ד' ע"ב ורמב"ם פרק כ' מהלכות עדות הלכה ב']. אבל מ"מ לא הפסידו לחבירו מאומה שהרי הלה מחוייב להחזירם ואפ"ה לא נפטרו המה מתשלומי הזמה. ולא עוד דאפי' על ספק ממונא כמו גבי שינו והדר עינו דפטור לשלם משום ספיקא אלא כשיתפשו וכשהוזמו מחוייבים לשלם לרב. עיין רמב"ם [פרק כ"א מהלכות עדות הלכה ד'] ובכסף משנה ובמגדל עוז:

ולרווחא דמילתא לשמעתין דאורייתא נביא עוד ראיה מוכרחת לזה דשאני עדים זוממין משאר מזיקים. שהרי לרבנן דפטרי בדינא דגרמי פטרו ג"כ בזיכה את החייב אפי' היכא דקם דינא, כמבואר ברמב"ן בסוגיא דשיקול הדעת. ובתוס' שם איתא שני פירושים בזה. והשתא אי תימא דעדים זוממין שוין לשארי מזיקין דעלמא, א"כ לא משכחת לן עדי שובר ופרעון דהרי הוי כעדות שאי

אתה

אתם יכול להזימו שהרי לא הוסיפו מאילו שרפו שטרו לגמרי. אלא ודאי אע"ג דבעלמא פטורין מ"מ עדים זוממין משלמין על מחשבתן הרעה. ובזה נסתר מה שהאריך הרב החכם השואל בזה בדברי הגהות מיימוני ומשנה למלך [בפרק ז' מהלכות מלוה]. והא דלא הסב הסמ"ע הקושיא מסי' ס"ו סעיף כ"ד. דשאני התם שהמוכר הפסיד שטרו מדמי שוויו שהיה בשעת קנייתו כמובן:

ג **והש"ך** [בסוף סי' פ"א] חולק בזה וס"ל דגבי עניני חיוב והלואה פטור כשהתנה בלא קנין אפי' היכא דלית ביה משום מילתא דאיסורא, בין בשעה שנתחייב ובין בשעת התנאי אפי' כשתבעו לאחר זמנו והוא מפסיד והלה מרויח אפ"ה פטור. ולא נוכל לדמותו להא דריש סי' קכ"ט כיון שגם התם עיקר חיובו הוא מחמת ערבות דגילתה התורה דמהני בדיבורא בעלמא. ועיין ריש פרק הכותב [דף ק"ג ע"ב] ע"כ לא קאמר ר' ישמעאל התם אלא וכו'. וכן הא דאיתא בריש קידושין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב. הרי דדין ערב הוא סוג מחודש. וע"כ לא חידשה לן אלא בגוף אחר חוץ משניהם. אבל לא בדברים שבין המלוה והלוה גופיה, דלא מיבעי לדעת הפוסקים בחשן משפט [סי' ש"פ סעיף א' ברמ"א שם] גבי זרוק מנה ליה ואתחייב אני לך דלית ביה משום ערבות. פשיטא דהכא לית לן לחיובא ללוה בדיבוריה משום ערבות. אלא אפי' לדעת החולקים דמחייבי, דהתם מיהת איתא פעולה מחודשת חוץ משניהם משא"כ הכא דליתא אלא בין מלוה ללוה גופייהו לא נכנס כלל בסוג ערבות. נמצא לפ"ז לכ"ע גבי הלוואה היכא דאית ביה סרך איסורא לא מהני הבטחתו כלום. שהרי סוף דינא לא עדיף מתחלת דינו, דמרבינן להדיא [ב"מ דף ע"א] דישראל קודם בלא רבית. ובפרט בעתים הללו דבטלו הכפיות והשתגשות מאחינו בנ"י דלא פטרו במידי, ובמה יתחייב הלוה. איברא הסמ"ע ס"ל דאין סברא לחלק בסוג הערבות משום שהפעולה יוצאת חוץ משניהם. רק שבזרוק מנה ליה היינו טעמא דפטרי משום דלא אתא ליד בר דעת דליזכי בהו, כמ"ש הר"ן בריש קידושין:

ד **ולפי"ז** נראה ברור לפענ"ד לדינא שהלוה פטור ולא עוד אלא שאסור. וא"ל משום דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן. וכשאמר לו לאחר זמן פרעון בזה הלשון מסתמא אראה שלא יגיע לך היזק. דכוונתו היתה למחלית שכר בפלגא מלוה ופלגא פקדון כמו שהאריך בזה יד"נ הרב השואל נ"י. וראייתו מדברי הרא"ש פרק איזהו נשך [סי' י"ז] גבי חלר דלא קיימא לאגרא. ומדברי הרי"ף [בסוגיא דאסמכתא ב"מ דף ס"ו ע"ב] גבי מחילה בטעות לפירושו של הנימוקי יוסף שם:

לדעתי נראה דלא דמי דשאני התם דמשום חזקה לא מפקינן דבר מחזקתו הראשונה ממה שנהייתה עד כה. ומשום האי טעמא בחלר דלא קיימא לאגרא עד כה. לא אמרי' בעתה משכירו למלוה בשכר רבית. וכן גבי מחילה בטעות לא אמרינן דמחל לו משום איסור רבית. אבל בנ"ד שהיו מעותיו אללו בהלוואה עד כה, משום חזקה זו ל"א שדעתו היה לאפקועיה ממלוה לפקדון ולהוציא המעות מחזקתו, וזה דומה למאי דאיתא בעירובין [ל"ו ע"א] היום חול ולמחר קודש מספיקא לא נחתי ליה קדושה, היום קודש ולמחר חול מספיקא לא פקעו ליה קדושתיה:

ועוד דכשם דלא מחזקינן ליה ברשיעי ה"נ לא מחזקינן לכו להינשי בטעותא. שהרי משום דברים הטמונים בחכו ובהרעפי לבבו לא יקבל עליו הלה פסידא ואחריותא מפלגא דפקדון. רק היכא שהמלוה אמר כן בפירוש אז יש לומר שהלוה סמך על דיבורו שלא יחזור בהם כמ"ש היש של שלמה בבא קמא [פרק ח' סי' ע']:

ואין זה דומה לנידון דמהר"י בן לב בחלק ב'. שהתם במעות של יתומים איירי דמותר ליתן להם רווחא ממה שהרויח אע"ג דכולא מלוה. וכן איתא להדיא בש"ע יורה דעה [סימן ק"ס סעיף י"ט] דמעות של יתומים אפי' לא התנה מותר ליתן להם חלי ריוח. ולהכי גם כשהתנה ברבית קצוצה מותר משום דהוי כאילו לא התנה:

ה **עיין** ביש של שלמה ב"ק [פרק ח' סי' ע'] שמחלק בין היכא שהיה בידו מעיקרא בתורת מלוה. ואח"כ אמר לו המלוה שיהיה מהיום והלאה פלגא מלוה ופלגא פקדון, דל"מ שיתחייב המלוה באחריותו ושיתחייב הלוה לתת לו חלי ריוח אלא בקנין גמור והיכא דהיה בידו מעיקרא בעיסקא ואח"כ הסכימו בדיבורא בעלמא שיהיו בידו מהיום והלאה בהלואה דמהני. ומחלק שם בין היכא שבא לפוטרו לבין היכא שבא לחייבו. ומש"ה ברישא דבא לפוטרו לא מהני, משום דדמי לקרע את כסותי היכא דאתיא לידי' בתורת שמירה. אבל בסיפא שבא לחייבו מהני בדיבורא לחוד. ומלד הסברא נראין דבריו דחוקים קצת למעיין, שהכא הפוטר נגרע מכח המחייב. ולפענ"ד הקלושה נראה שהדברים פשוטים לחלק ביניהם, דהיכא דהיה מעיקרא בתורת הלוואה כיון שכבר קנוים ביד הלוה. והמה כשלו לגמרי אזי לא אפשר שיקנה המלוה מה שתח"י הלוה שיהיה של המלוה. אם לא שמקנה לו המחזיר שתח"י בקנין גמור למלוה. כי היכא דליפקע ממלוה לפקדון, דכשם דאינו יכול ליתן את שלו לחבירו בדיבורא. ה"ה נמי מן לוה למלוה. וכיון דלא קנה המלוה החלי שיהיה כשלו. אזי אין הלוה מחויב לתת לו חלי ריוח. אבל היכא שהיה מעיקרא בעיסקא אע"ג שאין המעות גופיה בעין. כיון שהמחיר והתמורה בעינא והלה אינו רשאי להוציאם לצרכו. רק לאיעסוקי ביה כדאיתא להדיא בש"ס בבא מליעא [דף ק"ד ע"ב] ועכשיו שאמר הנותן שיהא בידו בתורת הלואה הרי נתן לו רשות להוציאם גם לצרכו ולמשתי ביה שיכרא, והרי הוא כאילו המלוה מקנה את העיסקא ללוה דמהני בדיבורא בעלמא שהרי ישנם מתחילה תחת יד המתעסק. ודבר זה דומה ביתר שאת ועדיפא עוד מהיכא שהיה לו עיסקא ביד אשה ואח"כ אמר לה הרי את מקודשת לי בעיסקא זו דמקודשת. שכן מפורש ברש"י קידושין [דף מ"ז ע"א] בד"ה להואה ניתנה. וז"ל הלוה רשאי להוציאם בהוצאה ואינו חייב להעמידם בעיסקא שתהיה מלוי' בכל עת שיתבענו. וכיון דלהוצאה ניתנה הויא לה כדידה ולא יהיב לה מידי עכ"ל. אלמא בעיסקא מקודשת. [וכ"כ בקצה"ח [סימן ס"ז ס"ק ב'] ועיי"ש מה שכתוב בשם תשובת מהר"ם בר ברוך]:

והא דהולך המרדכי בפרק החובל להוכיח בדין זה היכא שאמר לו שיהיה בידו למחלית שכר דל"מ משום דדמי להיכא דאתי לידיה בתורת שמירה. דמשמע מזה דאילו אמר לו על מנת לפטור מאחריות אונסין דמהני, לאו לענין שיטול המלוה החלי מן הריוח ושיתחייב לו הלה בזה דכיון דבלתי אפשרי שיהיו קנוים למלוה בדיבורא לחוד. ועודנו לא יצאו מרשות הלוה אזי פשיטא דפטור. רק דדברי המרדכי קאי רק לענין אחריות. דהכי דל"מ שיתחייב הלה בחלק הריוח מ"מ יפטור מיהת מן אחריות אונסין. שהרי מחילה א"ל קנין. ומשה"ט הוא דמאריך לדמותו לאתי לידי' בתורת שמירה. וכי תימא דמהיכא תיתי יפטור הלה מן האחריות כיון שעיקר דיבורו היה רק בשביל מחלית שכר שהרי כך אמר לו בפירוש שיהיה למחלית שכר רק דממילא נשמע שכיון לפלגא פקדון. והיאך נאחוז את הטפל שבו ונעזוב את העיקר. דמ"מ יש מקום לומר כיון שפטרו מן אחריות. וע"י זה נפטר הלה לס"ד דמרדכי בקושיתו. ומש"ה סמך על הלוה שיתן לו גם חלי ריוח כשירויח בההיא הנאה דנהנה מהנה:

ולפי"ז היה מדברי מרדכי כדמות ראיה לדברי היש של שלמה שם שגם למסקנא דלא נפטר מן האחריות משום דדמי' להיכא דאתיא לידו בתורת שמירה. דמ"מ מותר לתת לו חלי ריוח מפני שסמך הלוה על דיבורו של מלוה שיקיים דבורו אע"פ שמלד הדין פטור ה"ה נמי להיפך. אלא דלקושטא הכא עדיף טפי. כיון דמ"מ בחד לד מיהת מהני מדינא. ומשו"ה סמך המלוה את עלמו שיתן לו גם חלי ריוח אע"ג דלא נוכל לחייבו מדינא. אבל בדינא דיש של שלמה י"ל דאסור ליתן לו החלי ריוח כיון דל"מ למסקנא בשום לד משום דדמי לאתי לידיה בתורת שמירה. ולא עוד אלא דיש מקום לומר לקצת פוסקים בחשן משפט [סימן ר"ז סעיף י"ג ברמ"א] בשנים שהמרו זה עם זה. וכן בב"י [ריש סי' קע"ו] דלס"ד דמרדכי אזי מחויב לתת לו חלי ריוח כיון דאיתא לשניהם לד זכות וחובה. דהיינו לענין אחריותו של הלוה וחלי ריוח של המלוה. ואיידי דבעי למיקני גמר ומקני:

ונמצא תכנא לדינא דהיכא דאמר המלוה ללוה אחר זמן פרעון שיהיה בידו למחלית שכר על מנת לפטור מאחריות אונסין דאזי כיון דפטור מדינא אזי ממילא דמותר ליתן לו חלי ריוח, ולמקלת פוסקים מחויב מדינא כאשר הוכחנו מדברי מרדכי הנ"ל:

איברא כן הוא דעת המרדכי ויש של שלמה הנ"ל. אבל לדינא דפסקינן ביורה דעה [סי' קע"ו סעיף א'] דכל כמה דלא פטרו מכל אחריות דהיינו מגניבה ואבידה ומאונסין הוי מיהת אבק רבית. והכא כשאמר לו שיהיה בידו למחלית שכר אפי' אמר לו ע"מ לפטור מן האונסין, כיון דהכתי חייב בגניבה ואבידה. וחלק הפקדון עודנו לא נקנה למלוה בלא קנין גמור. ולא נקבע שם פקדון עליו א"כ

א"כ אכתי אינו רשאי לתת לו מן הריוח . כיון שכל הסך שהלוה לו עודנו ברשות הלוה ושלו הוא כמו שהיה רק מצד פטור אחריות הוא דנתיר לו וכיון שלא פטרו מכל אחריות אכתי מכלל אבק רבית לא נפקא . דבשלמא בכל עיסקא דעלמא אע"ג שמחויב בגניבה ואבידה כיון שהריוח שנוטל הוא מן ממונו ומחלק הפקדון דאיתא ברשותיה תו לא איכפת לן בחיוב אחריות דידיה אבל היכא שהיה מתחילה בידו בתורת הלואה תו אי אפשר להכניסו לרשות בעלים בלא קנין וכמש"כ :

לכן לדינא קשה עלי הדבר לפסוק כדעת היש של שלמה בזה . ובנידון דידן דמיגרע גרע עוד באיזה הדרגות , חדא שהנותן לא התנה כלום שיהיה למחצית שכר. וגם הלוה הטמין בחכו עיקר דיבורו ולא אמר בפירוש שיהיה למחצית שכר רק שיראה שלא יפסיד , שיש לזה כמה פירושים כמובן , והוי כידים שאינן מוכיחות כלל דלא מהני מידי, דפשיטא דאסור ליתן לו אפי' אם הרויח רק בחלקן של יתומים דאפי' לא התנה דינם כהתנה :

ו **בדברי** רש"י בבא מציעא פרק איזהו נשך [דף ע'] התמוהים, דמעיקרא בדברי רב ששת פירש משום דיתמי לא גזור ולבסוף בדברי רב אשי מפרש משום הפקר ב"ד . וגם דברי הטור ביורה דעה [סוף סי' ק"ס] לא הביא כלל דעת רש"י. ובחשן משפט [סי' ר"ל סעיף י"ג] פוסק כוותיה, כאשר כבר עמד בזה המשנה למלך [בפרק ד' מהלכות מלוה הלכה י"ד] . ועוד יש לדקדק דמשמע שם בעיקרא דמילתא בזוזי של יתומים שנתחדש הדבר בדורותם אם להיתר או לא . ופליגי אמוראי שם בזה . ובבכורות [דף נ"א ע"ב] מביא שם ברייתא להדיא דמקילין ביתמי . דמוכרין מעשר בהמה לאחר שחיט' משום דיתמי אוקמוה אדאורייתא יעו"ש במסקנא בדברי רבא . [וי"ל קצת דהתם משום פסידא והכא משום רווחא]. לכן נראה דאפשר לומר דוודאי לעיקר היתרא דקרוב לשכר ורחוק מהפסד אין אנו צריכין לומר משום הפקירא . דבלא זה יש כח בידם להתיר בדבר שנאסר עד כה, כי היכי דלא לכלי קרנא דיתמי כמו שהבינו בדעתם הרחבה לפי העת והזמן . איברא כל זה היכא שהלוה נותנם לבסוף מדעתו . אבל כשאינו מתרצה והב"ד הוא שיכפוהו לקיים תנאו . אזי בע"כ צריכין לומר משום כחא דהפקירא :

וטעמא דמילתא שהרי גם מעיקרא דדינא בכל אבק רבית כהאי גוונא שהתנה הלוה בשעת הלואה שיתן לו ממה שירויח דמדאורייי' נתחייב ונשתעבד לו בשעת הלואה ותו אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, רק בע"כ צ"ל שגם בזה משום כחא דהפקירא הוא דאתי עלי', שכח זה ניתן להם מן התורה וכדאורייתא ממש הוא לכל דבר . [דא"ל משום דראו שיש לגדור בזה ולאסור הדבר לכן גם מילתא דממונא ממילא הוא דנגרר בתרייהו , שהרי בכה"ג איתא להיפך במכר לו דבר שאסור באכילה מדרבנן והלוקח לא ידע ואכלם שאין צריך המוכר להחזיר הדמים . ועיין בש"ך יורה דעה (סי' קי"ט ס"ק כ"ז) הטעם דלענין ממון אוקמוה אדין תורה , ועיי"ש היטב . דלכאורה נראה דזהו דווקא להוציא אבל לקושטא אין לחלק בזה כמובן . ויש להבין קצת דא"כ באיסורי הנאה מדרבנן אמאי צריך להחזיר לו דאי משום דאין לו מכר הא גופא קשיא אמאי לא אמרינן דלענין זה ממון שבו אוקמוה אדין תורה . וצ"ל דבאיסורי הנאה כיון דאסרו לו לכל הנאות איכא למימר דמשום כחא דהפקירא הוא דאתיא עליה משא"כ באיסורי אכילה דעודנו ברשותו לכל דבר שוב א"א לומר משום כחא דהפקירא . כמש"כ תוס' יבמות (דף פ"ט ע"ב) בד"ה שהפקר]. וכן אמרינן להדיא בהערמת רבית לרוב הפוסקים דלכתחילה אסור אבל לא נפקע חיובו . עיין ביורה דעה [סי' קס"ג סעיף ג'] . גם א"ל דאבק רבית שאני משום דגדרו בזה כי היכי דלא ליתי לידי איסורא דאורייתא. וכמ"ש תוס' יבמות [דף פ"ח ע"א] ד"ה מתוך ובכמה דוכתי דהיכא דראו טעם גדול לדבריהם אזי יש כח בידם אפי' בקום ועשה מ"מ אין זה פשוט כ"כ דאיזה גבול ניתן לזה . רק היכא דמפורש להדיא. שהרי גם פרוזבול משום דנמנעו להלוות שיש בו מילתא דאורייתא ומשום תיקון עולם ואפ"ה מקשה שם בגיטין [דף ל"ו ע"ב] משום ה"ט, אלא מוכרחא דמילתא שגם הכא משום כחא דהפקירא הוא וכמו דמשני שם בשמיטה . גם א"ל דהכא באבק רבית דמי לשב ואל תעשה דהא תינח לאביי דס"ל דגם בממונא אמרי' כן לרבי דס"ל שמיטה בזמן הזה דרבנן אבל רבא פליג עליו בסברא זו שם ועיין בפרש"י שם משום דס"ל דדבר שבממון נידון לעולם אפי' ממלוה ללוה כקום ועשה :

וכיון דמעיקרא משום שהכניסו חכמינו ז"ל בזה לכחא דהפקירא שהוא כדאורייתא ממש שוב יש לדון על מאי דכפינן ללוה ליתן ליתמי משום האי טעמא גופא כיון דאין כח בידם לעקור דבר מן התורה בקום ועשה שהרי מתחילה שפטרו את הלוה הוא משום כחא דהפקירא שהפקירו ממון המלוה וזיכו את הלוה ושנייהם מדאורייתא כמש"כ בחדושי רשב"א שם והיאך יוכלו לחייב עתה את הלוה במה שכבר זכה בו מדאורייי'. [הגם שיש לחלק ולדון בזה בסברות דחוקות ושדופות קדים], ולהכי מפרש רש"י מילתא בפשטא שגם עתה משום הפקירא הוא שנתגוללו עליו לחייבו ולכפותו . ומשה"ע בדברי רב ששת דלא חידש רק משום מילתא דאיסורא . והמציא לן היתרא גבי יתמי אזי די לן משום דיתמי לא גזור . אבל רב אשי דחפש ותור אחר כל צדדים בכדי שיהיה הקרן והריוח מובטחים דאפי' היכא שאינו רוצה לקיים דבריו אנן הוא דכפינן ליה מש"ה צ"ל משום כחא דהפקירא . איברא רב יוסף פליג בזה על עיקרא דהיתרא היינו משום דלא ניחא ליה למיתי עליה משום כחא דהפקירא . שהרי גם חכמינו ז"ל לא הכניסו את עצמם בזה בכ"ד . רק לצורך גדול היכא דדחיקי להו טובא כדמשמע בכמה דוכתי . וכיון דסוף סוף ליתא בזה תקנתא גמורה ליתמי. שהרי אם לא ירצה לקיים דיבורו לא יכפוהו . מש"ה גם לענין מילתא דאיסורא לא עקרוהו למגן . משא"כ התם גבי מעשר דפסידא ורווחא דיתמי תלויה בתקנתם , ויתיישבו היטב גם דברי הטור , דביורה דעה לא הביא רק דינא דאיסורא והיתרא . אבל בחשן משפט שם עיקרו לתקנת היתומים מש"ה הצריך בפני ב"ד כמו שפרש"י כי היכי דנוכל להתגלגל עליו משום כחא דהפקירא :

ז **ועתה** נבוא ונתקומם ונלקטה בשבלים דברי המרדכי בפרק הגוזל [דף קכ"ד קכ"ה] מובאים ברמ"א חו"מ [סי' רצ"ב] בקצרה . והנה מוסכם בפי כולם באם שלח יד בפקדון של חבירו הן במעות מותרין והן בצרורין ותבעו שיוכל להרויח בהם ולא רצה להחזירם והרויח בהם דמחויב לתת לו כחצי ממה שהרויח רק באם אמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי הפסד והמפקיד לא רצה בזה משום שהוא יכול להרויח בלא הפסד כלל להלות לא"י על משכנות מובטחים לדעת אגודת אזוב יש פלוגתא בזה במרדכי , ובעל משנה למלך [פרק ז' מהלכות מלוה הלכה י"א] מחלק בזה בין היכא דישנם בעינא לבין היכא שכבר הוציאם :

ומתחילה יש להתבונן בעיקרא דמילתא דמחייבינן ליה לתת במה שהרויח , דמאיזה שורש ומקור יצא להם לחדש כזאת ואין מדרכם של רבותינו הקדושים נ"ע כן להוציא ממון בסברות המדומות אם לא עפ"י סברות המכריחות ברורים וצלולים . ועוד שהרי ממשמעות הסוגיות משמע קצת להיפוך דלא מחייבינן ליה גם בספינה באגרא רק היכא דנחית אדעתא דאגרא וקיימא לאגרא [בבא קמא צ"ז ובש"ע סימן שס"ג סעיף ה'] . גם ברחל וגזזה פרה וילדה דאינו משלם רק כשעת הגזילה [בריש פרק הגוזל עצים] והרי ידעינן בבירור שהגזל היה מרויח כן . ואי משום דקנאן בשינוי גבי מעות נמי אמאי לא קנאם . ואי משום דלא תבעו זה רחוק מן השכל שהתביעה יגרום דבשלמא גבי מעות תליא בתביעה משום דלא בכל העתים עומדים להרויח אבל בגיזות וולדות דידעינן בבירור שמרויח בהם תו לא איכפת לן אם תבעו אם לאו. ועוד דנראה בפשטות מכל הפוסקים דאפי' בתבעו פטור מגיזות וולדות :

ועוד קשיא לכאורה דבסוף פרק המפקיד [בבא מציעא דף מ"ג] קאי הש"ס שם לפרש מתניתין דשולח יד בפקדון דב"ש סברי דילקה בחסר וביתר וב"ה אומרים כשעת הוצאה מן העולם ור' עקיבא אומר כשעת התביעה ולבסוף העלו בקושי' דב"ש וב"ה פליגי בשבח גזילה ור"ע קאי על יוקרא וזולא . עיין שם בתוס' ד"ה ר"ע אומר . הלא אם נלקטה כל הסברות האלו הערוכים לפנינו דברי המרדכי ובעל אגודת אזוב וסברת בעל משנה למלך יש דרך סלולה לפרש המשנה כן . והוא דב"ש ס"ל דילקה בחסר וביתר דהיינו בחסר אפי' לאחר שאמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי האחריות והמפקיד לא רצה אפ"ה נתחייב הוא בכל הפסידא ואם הרויח מחויב ליתן לו [כסברת בעל אגודת אזוב]. וב"ש לא מחלקי בין היכא שכבר הוציאם או היכא דאיתא בעינא . וב"ה ס"ל דהא דילקה בחסר וביתר אף שאמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי אחריות אפ"ה מחייבינן את הנפקד בהפסידא וברווחא וזהו היכא דתבעו בשעת הוצאה אבל היכא שכבר הוציאם אזי לא ילקה בשניהם . אלא הברירה ביד המפקיד או שיקבל עליו

גם

גם חצי אחריות או שלא יטול גם מן הריוח [וזהו כחידושו של משנה למלך שמחלק בזה]. ולפי שב"ש וב"ה איירי היכא דילקה שניהם יחד לזה המליא ר"ע שגם ביתר לחוד לית לי' למפקיד דהיינו אפי' היכא דלא אמר לו הנפקד כלל מן חיוב האחריות אפ"ה לית ליה ברווחא רק משעת תביעה ואילך כמבואר במרדכי שם:

ח **לכן** נראה לפרש לפענ"ד ברור דעיקר של הדינים הללו לא נשנו אלא במעות פקדון דווקא והוא שנטלן להתעסק בהם לצורכו [דבסתמא אמרינן שלצורכו של בעלים התעסק בהם משום דלא מחזקינן ברשיעא כמ"ש במרדכי לעיל מיניה]. וכיון שמעות לא נפחתו בכך משום דמשפכי בהם בעיסקא שהרי לא ניתנו ליהנות בהם בגופן כמו שאר מטלטלין. ולהכי היכא דלא נטלן להוציאן לגמרי לצורכו רק העמידם בעיסקא ולהחזירם ולהחליפם במטבע כמקדם נמצא שהוא לא נתכוין לגזול גופן רק את קנין הפירות בלחוד דהיינו הריוח שילמיח לו מהם, אע"ג דלחובתו נעשה כגזלן על כולן דלא גרע משואל שלא מדעת שגם בתשמיש שאינו מחסרו חייב באחריותו לאחר שימוש בהם כמבואר בחשן משפט [ריש סי' רנ"ב], מכל מקום דבר ברור הוא דבדבר הנוגע לטובתו ולזכותו של הגזלן הי אפשר לזכות לו ביותר ממה שנתכוין הוא בעצמו. ונקוט מיהת מזה דאי איפשר לנו לדון לזכותו של הגזלן רק כגוזל את קנין הפירות לחוד. אבל הקרן קיימא ברשותיה דמרא לענין התלוי בלד זכות וחוב של הגזלן. וכיון שכן ממילא נתגולל עליו שמחויב לתת לבעלים חצי הריוח. [וכן כתב המרדכי שם בפירות דנוטל רק חצי הריוח עיי"ש סוף סי' קכ"ה]. שהרי זה שקול עין בעין לדברי רבינו הלפס בדבר שיש לו קלבה דחולקין אע"ג שהשליח מתכוין לקנותם. [וגם המוכר הקנה אותו בפירוש להשליח אפ"ה חולקין. עיין סמ"ע סי' קפ"ג ס"ק ח"י] משום דנסתעף ממעותיו. וה"נ כיון דלהובתו של גזלן אמרינן דלית להו יותר ממה שכיון בעצמו וכיון דלפי כוונתו הרי הקרן עודנו ברשות בעלים נמצא דממונא דבעלים הוא שגרמו בהדי טרחתו ועמלו ומשום הכי חולקין:

איברא זהו דווקא במעות שכל עיקרן עומד רק להוציאם משו"ה לחובתו לא נעשה כגזלן על גופן. אבל בשאר דברים שדרכן ליפחת ע"י השמיש, אזי אע"ג שלא לקחם לגמרי רק שהשתמש בהן נעשה כגזלן על כולן משום שדרכן לחסר בגופן אזי ממילא נידון לכל דבר כאילו נתכוין לגזול את כולן. משו"ה גבי ספינה היכא דלא נחית לאגרא אע"ג דלא נתכוין לגזול הספינה לא מחייבינן ליה באגרא משום דדינו כגזלן לגמרי לכ"ד הן לזכות והן לחוב משום דכיון דדרכן לחסר גופן תו לא איכפת לן בכוונתו דדמי בזה לפסיק רישיה ולא ימות:

ט **וכן** היכא שנוטל ממונו של חבירו מרשות בעלים להרויח בהם אע"ג שלא נתכוין לגזול גופן מ"מ דינו כגזלן לכ"ד מפני דלא ניחא ליה שיהא ברשות חבירו כלל תו לא איכפת לן בכוונתו ודעתו דממילא נעשה כגזלן לכ"ד כיון שהוציאן מרשותן ודווקא היכא שהפקידן אצלו דניחא ליה בשמירתו וברשותו. ואע"ג דאיתא שם בבבא מציעא [דף מ"א] דהיכא דשלח בהן יד כלתה ליה שמירתו ולא מהני החזירם למקומם לפוטרו מאחריות. זהו דווקא בתשמיש המחסרו אבל באינו מחסר גם התם מהני חזרה למקומו לדעת רמ"א [ריש סי' רנ"ב]. ואע"ג דגבי מעות לא מהני החזירם למקומם [כמ"ש רמ"א שם] חדא דאיכא למימר דזהו היכא דשלח בהן יד לצורכו לגמרי ולגזול גם את גופן. ועוד דלענין אחריות שאני כיון דדינו כגזלן לחובתו שוב לא מהני חזרה למקומן כיון דכלתה ליה שמירתו. אבל לזכות של הגזלן לענין ריוח פשיטא שמן הסברא יש לחלק בין היכא שנוטלן מרשותו לבין היכא שנוטל מרשות חבירו דכיון שעומד בלא זה ברשותו. וגם מעלה בדעתו דכל כמה דלא תבעי ליה אינם צריכים לעסוק בהם או להוציאם, אע"ג דלחובתו לענין אחריות נעשה עליו כגזלן משום דלא עדיף משואל שלא מדעת בתשמיש שאינו מחסרו. אבל לזכותו לענין ריוח עודנו לא נכנס בסוג זה לדונו כגזלן כיון שלא נתכוין לגוזלו וכמ"ש לעיל. ומשו"ה גבי שולח יד בפקדון דפליגי ב"ש וב"ה ור' עקיבא דאיירי מסתמא אפי' בשאר חפצים ואפי' במעות עלמם. כיון דמסתמא איירי שנטלם להוציאם לצורכו לגמרי אזי בוודאי פטור מן הריוח. ומשו"ע לא מוקמינן פלוגתייהו בהכי: איברא כל זה היכא דתבעו אבל כל כמה דלא תבעו וקסבר שמעותיו עודנו לרורים ברשות הנפקד היאך אפשר שיקנה לו מעותיו במאי שלא עלתה על דעתו אפי' לספק בהו כלל. ואינו דומה לדברי הרי"ף לעיל דהתם נוספקא להו מיהת מעיקרא. וכעין זה מלינו בדומה לזה לחלק בריש פרק כילד משתתפין עירובין [דף פ"ב] אמר רב אשי הודיעהו ולא הודיעו קתני, ופי' ברש"י ד"ה הודיעהו יעו"ש:

י **גם** במעות מותרין יש לתת טעם נכון להמרדכי דמחייב ליה ברווחא מן התביעה והלאה. ולכאורה רחוק הוא מן הסברא כיון דלאחר תשמיש בוודאי קמו ברשותו והוה כמלוה אצלו. ונראה לומר כיון דגם גבי מלוה פליגי בקידושין [דף מ"ז] אם מלוה להוצאה ניתנה ופרש"י אם ניתנו להוציאם לצורכו. דלמ"ד לאו להוצאה ניתנה אזי מחוייב להעמידם בעיסקא ואינו רשאי להוציאם לצורכו. ואנן פסקינן כמ"ד להוצאה ניתנה:

איברא נראה דבמעות מותרים דתנן שיש לו היתר תשמיש, אבל אינו רשאי להוציאם לצורכו לגמרי רק דמחוייב להעמידם בעיסקא שהרי ישתמש בהם תנן. אבל לא נקט ליה בלישנא דהוצאה וליתני דיוציאם. וכדמות ראיה לזה מדמפליגינן בין שולחני לבעה"ב. והם אמרת דרשאי להוציאם לצורכו לגמרי מה היכא בין בעה"ב לשולחני. ועיין בנימוקי יוסף בבא קמא [דף ק"ד ע"ב] ס"פ הגוזל בשם הרא"ה. [וכ"מ בתוס' ב"ק דף ע'] דבעיסקא גם הלקו של מלוה נקנה באגב משום דאינו רשאי למיפתי בהו שיכרא הוי כאילו הם ברשותו. ועיין בקצות"ח [סי' ס"ו ס"ק ל"ה ובסי' ס"ז ס"ק ב'] וכיון שגם במעות מותרין אינו רשאי למיפתי בהו שיכרא הרי כולן ברשותו. ונמצא שבמעותיו הרויח מן יום התביעה והלאה והדר דינו לדברי הרי"ף בדבר שיש לו קלבה חולקים, משום שע"י מעותיו נצמח לו רווחא ואפי' היכא שהמשלח הקנה בפירוש רק לשליח. כמ"ש הסמ"ע [בסי' קפ"ג ס"ק י"ח]. וכה"ג איתא בירושלמי בפרק הגוזל קמא בגמרא הם [בהלכה ה'] וז"ל לא קיים שליחותו נתכוין לזכות ללוקח ולמה חולק עמו אמר הואיל ובא לו הנאה מתחת ידו אף הוא חולק עמו, עכ"ל. וכוונתו כיון שע"י מעותיו הרויח, רק דהתם אפי' בלא גילוי דעת דמעיקרא משום דמעיקרא נעשה שליח משא"כ הכא, כדאיתא להדיא במרדכי פרק הגוזל [אות קכ"ה] חילוק זה:

סימן טז

בענין הנ"ל

א **למען** יתיילבו כללות הדברים בלב המעיין אשר הערכנו [בסי' שלפני זה]. נחפשה ונתורה לברר הדברים היטב בראיות ברורות. והוא מה שכתבתי דכיון שלא נתכוין לגזול אלא קנין הפירות לחוד ולא קנה בקנין הגוף שיהא ברשותו לשבחא דאתי מחמתיה כמו בשאר גזלן שנתכוין לגזול את כולו או בתשמיש המחסר את הגוף. משא"כ במעות פקדון הן צרורין הן מותרין דכיון שלא נתכוין לגזול רק את הגוף לפירות דהיינו מה שירויח אע"ג דנעשה כגזלן על כולן בע"כ היינו לענין חיוב כל האחריות ויוקרא וזולא לאחר שהוציאן [ברשותו של הגזלן]. וכיון שכן אזי שוב ממילא שיצאו מרשות בעלים שאינו יכול להקדישן, כדאיתא בש"ס יבמות [דף ס"ו ע"ב]. [ול"ד לשואל דלא קיימא ברשותיה לענין יוקרא וזולא. ועיין בבא קמא בתוס' ד"ה המלוה את חבירו (דף נ"ז ע"ב). וי"ל דיש לחלק בין הלוואה לגזילה, ועיי"ש היטב. ומסתברא דגבי שואל משעת אונסין ואילך שהתורה חייבתו לא עדיף ממלוה שחייב את עצמו מדעתא דנפשיה משא"כ בגזלן שמשלם כדי לקיים השבה].
אבל לענין שיקנה את שבחא לא. דכיון שלא נתכוין לגזול את עיקר הגוף אזי ממילא דיכא דפלגי בשבחא כיון שע"י שניהם נסתעף ונתהווה דהיינו ע"י מעותיו של המפקיד וע"י טרחתו של הנפקד. [אע"ג דלפעמים כחו של זה עדיף מדאידך אין לחלק בזה כדאיתא בכה"ג בב"ק (דף נ"ו ע"ב) אטו תורא אשבה ארעא לא אשבח מי קאמינא נשיימו כולא פלגא קאמינא אע"ג שאינם כחות שוים. וכן במתניתין בבא מציעא (דף ק' ע"ב) שטף נהר זיתיו דחולקין מ"מ הדין פסוק שיחלוקו בשוה]. אבל שיקנה הנפקד כולא שבחא ה"א דכללא הוא דכל היכא דליכא דעת אחרת מקנה לא קנה היכא דלא נתכוין כמו בעודר בנכסי הגר. [כמ"ש הרשב"א גיטין (דף כ') גבי זקן. וכ"כ הנמוקי יוסף בבא בתרא (דף מ"א ע"א) גבי רב ענן]. וה"ה הכא בגזלן בדבר התלוי בזכותו. וכן משמע לשון הגמרא גבי

עשאו

עשאו שליח לקנות חטים ושינה דאם הרויח הוא לשליח מפני שלא נתכוין לקנות ולזכות לעצמו. וההפסד הוא לעצמו מפני שהיה נעשה כגזלן [ב"ק דף ק"ב]. ועיין בש"מ שם דלכמה פוסקים הוא מלך דין ולא משום קנסא, יעו"ש היטב. ועיין בקצוה"ח [סי' קפ"ג ס"ק ה'] דאפי' באונסין שלא מחמת השינוי חייב. ומביא כן בשם רי"ו ונמוקי יוסף. הרי דדינו כגזלן ואפ"ה הריוח למשלח משום שלא נתכוין לגוזלו:

ועוד ראיה מערכין [דף כ"א ע"א] בתוס' ד"ה ה"ג כיון וכו' יעו"ש היטב. הרי שלא יצא גוף הבית לחולין כיון שלא נתכוין ליהנות אלא בבית לדירה כמו כל שכירות דעלמא. [וגם לדעת רש"י ז"ל שם שיצא הבית גופיה לחולין משום דאפשר לומר דרש"י ס"ל כדעת רמ"ה מובא בנמוקי יוסף בבא קמא פרק כיצד הרגל (דף כ') דהיכא שנהנה בכוליה כגון בגברא דעביד למיגר ולא קיימא לאגרא אע"ג דחסרי' בשוה פרוטה אינו משלם אלא כפי מה שחסרו. ולפ"ז שוב לא נ"ל למש"כ התוס' שם דבבית אע"ג דחסרה בשחרוריתא דאשייתא מ"מ לא חשיב חסרון משום דנגד זה נהנה חבירו דביתא מיתבא יתיב ועיי"ש היטב. ומשו"ה פטרינן בלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר רק משום דא"צ לשלם רק את החסרון המועט דשחוריתא. רק התוס' לשיטתייהו מוכרחין לזה דסברי דהיכא דחסרו במועט מחייבינן ליה בכל מה שנהנה ואפ"ה פטרינן ליה בלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר. ולהכי צ"ל דשתם בית לא חשיב לחסרון דשחרוריתא דהשבינן זה כנגד הנאתו דשאייה יוכת שער. אבל לדעת רמ"ה איכא למימר דבשתם בית חשבינן לתשמיש המחסר. ומשו"ע הוציא כל הבית לחולין. וזהו כדעת ר"י מעיקרא בתוס' בבא מציעא (דף נ"ט ע"א) בד"ה והכירו יעוי"ש דגבי משאיל קורדום של הקדש יוצא כל הקורדום לחולין. והיינו מפני שהוא תשמיש המחסר ומשו"ה קנה לכולא ביתא שיצא לגמרי מרשות הקדש ונעשה כשלו אע"ג דמפסיד להקדש שהרי הוא אינו משלם להקדש אלא כפי הנאתו. אל תתמה בזה שהרי כתבו שם להדיא כן גבי קורדום. ובתשמיש המחסר כבר כתבנו לעיל (בסי' הקדוש אות ח') שגם בנכסי הדיוט הדין כן גבי ספינה דקנאי לשבחא אע"ג שלא נתכוין לקנות הספינה עצמה]. הרי להדיא דבמאי שלא נתכוין להדיא אי אפשר שיזכה בכוליה. ומשה"ע גופא לא יצא הבית עצמו לחולין משום שלא נתכוין אלא לקנין פירות לחוד. ולפ"ז קמה וגם נצבה עיקרא דדינא של רבותינו הקדושים הראשונים שחידשו גבי פקדון דצריך לחלוק עמו במאי שהרויח:

ואין להקשות למה שכתבנו לעיל [בסימן שלפני זה באות ח'] לחלק בין תשמיש המחסר לאינו מחסר. ממסקנת תוס' בבא מציעא הנ"ל שגם גבי קורדום לא יצא לחולין אלא הכאת ביקוע. ועיין בבא קמא [דף כ' ע"ב] בתוס' ד"ה נתנה דאע"ג דעיקר מעילה הוא בשגגה היינו דלא ידע שהוא של הקדש וקסבר שהוא של חולין. אבל מ"מ בעינן דלפי דעתו נתכוין מיהת לגוזלו מחבירו או דקסבר שהוא של הפקר ונתכוין לקנותו לגמרי. אזי בכוונה זו הוא דגילתה התורה לנו שקנאו לגמרי להוציאו מרשות הקדש כדאיתא בש"ס מעילה [דף י"ח] דאין מעילה אלא שינוי אבל היכא דקסבר שהוא שלו שלא נתכוין לקנות ולא לגזול. אזי קיימא ברשות הקדש כדמעיקרא. מ"מ דעת לנבון נקל לחלק בין מעילה שקנאו לגמרי מש"ה לא קנה לכולהו אפי' בתשמיש המחסר כגון גבי משאיל קורדום למסקנת דבריהם שם משא"כ לענין שבח גזילה לחוד דקנאו אפי' היכא שלא נתכוין רק לקנין פירות שבו מפני שהוא דבר המחסר את קנין הגוף. וכמו שכתבתי לעיל [בסימן שלפני זה אות ח']:

ב ולפ"ז יתיישב לן היטב דברי הסמ"ע בחשן משפט [סי' שמ"ג ס"ק י"א] שגם לדעת הרי"ף דעבדי כמטלטלי דמי אפ"ה צריך לשלם לו דמי בטילה. והוא תמוה לכאורה דהא כה"ג אינו משלם אלא כשעת הגזילה. והרי בספינה היכא דלא נחית לאגרא אינו משלם אלא מה שפחתה אע"ג דקיימא לאגרא. וה"ט משום דגבי עבד גופיה לענין המלאכה עצמו הוי טפי ועדיפא עוד מתשמיש שאינו מחסר שהרי ניחא ליה דלא לכחוש עבדיה. וכיון שלא נתכוין לגזול גופיה רק לצורך מלאכתו שוב לא אפשר שיקנה את השבח כיון שהשבח הוא מן העבד שלא נתכוין לגוזלו. לכן לענין השבח הרי עודנו ברשותיה דמרא ועבדא דמריה הוא דאשבח ליה ודמי לדברי הירושלמי והרב בהלכות שכתבנו לעיל [בסימן הקדוש אות י'] ואע"ג דהתם מחלקין ביניהם. היינו משום דשניהם גורמים משא"כ גבי עבד לענין שכר מלאכתו:

ועיין ש"ך שם [ס"ק ט'] שהקשה דמן הסוגיא שם לא משמע כן. שהקשה שם ומי סבר רב עבדי כמקרקעי דמי וכו' התוקף בעבדו וכו' משמע להדיא דאי כמטלטלי דמי ניחא. ולדברינו הנ"ל מתורץ שפיר שהרי כל עיקר דינו דהסמ"ע ויסוד סברתו הוא משום שלא נתכוין לגזול את גופו, ובמאי דלא נתכוין שוב אי איפשר לזכות בלד זכות שבו. אמנם כן כיתד שלא תמוה לדידן דפסקינן גבי צבע בנותן לצבוע אדום וצבעו שחור דידו על התחתונה כר' יהודה [ב"ק דף ק' ע"ב]. אבל לר' מאיר דס"ל דנותן לו דמי צמרו משום דקנאו בשינוי הרי אע"ג שלא נתכוין לגזול כלל וכלל אפ"ה קנאו בשינוי וקנאו לגמרי אע"ג שלא נתכוין לקנותו כולו. מכש"כ הכא שנתכוין מיהת לגזול את קנין הפירות שבו דקני מיהת לשבחא. שהרי גם בלא כוונה דינו כגזלן לכל דבר אפי' בלד זכות שבו. ועיין תוס' בבא מציעא סוף פרק המפקיד [דף מ"ג ע"ב] בד"ה משלם בתירוצו של ר"ת. וצ"ל במה שסיימו בתוס' אם נתכוון לקנותו בשינוי. דכוונתם במה שכתבו דר"י סבר דשינוי אינו קונה רק היכא דכיון לגוזלו. אבל בכוונת השינוי לא תליא כלל שהרי שינוי קונה אפי' לגריעותא דידיה כגון בהמה והזקינה אפי' בע"כ דידיה ודווקא גבי יאוש אמרינן גבי חמץ זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות. אבל גבי שינוי דנתרבה מקרא דאשר גזל לא שאני לן בזה ולא תליא מידי ברצונו. ועי"ש בבא קמא [דף נ"ו ע"ב] דרב אמר הלכה כר' מאיר דעבדי כמקרקעי דמי. ועפ"ז מקשה מאידך דרב גבי תוקף עבדו של חבירו משום דאי אמרת עבדי כמטלטלי דמי ניחא משום די"ל דרב ס"ל כאידך דר' מאיר גבי צבע דאפי' היכא דלא נתכוין לגזול כלל אפ"ה נעשה כגזלן גם בלד זכות שבו. ומש"ה הוא דמיפטר ליה שפיר משכר מלאכה שהרי גם כל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה. ועיין שם [דף ק"ב ע"ב] דקא שקיל וטרי אם הלכה כר' יהודה או לאו. ומסקנא דמילתא דפסקינן כר"י, ועיין. וזהו נכון ליישב דברי קדשו:

ג במרדכי בבא קמא [סי' קכ"ה] כתב מתחלה שקרוב הדבר שבאם לאחר שתבעו המפקיד שרוצה את מעותיו להרויח בהם או להלותם ברבית אל המותר עפ"י ד"ת על משכנות מובטחים והשיב הנפקד שיהיה אתו קרוב לשכר ולהפסד מפני שכבר הלוה אותם ברבית או שהוליאם במחיר אחר שהדין עם הנפקד, ושם כתב עוד בתירוצו לדברי ר"ה גאון בהיפוך מזה דאפי' כשלא נתרצה המפקיד בזה מ"מ כשהרויח מחויב ליתן לו חצי הריוח. ומחלק במשנה למלך [פרק ז' מהלכות מלוה הלכה י"א תד"ה ועוד יש לדון], דהיכא דעודנו בעינא אזי הוא דמחייבינן לי' בחצי הריוח אפילו כשלא נתרצה המפקיד בקרוב לשכר ולהפסד. הגם שדבריו נראין במושכל ראשון לחלק כן עודנו צריך להטעים דבריו עפ"י סוגי תוה"ק ביסוד מוסד:

איברא לפום קושטא דברינו הנ"ל נכונים הדברים היטב והוא עפ"י מה שכתבתי לעיל דקודם שתבעו אזי עדיף טפי מחלר דלא קיימא לאגרא כיון שמונחים אצלם בלא עסק כלל אכן כשתבעו ואומר שיכול להרויח בהם אזי מחייבינן ליה מן התביעה והלאה בחצי ריוח ממה שירויח עפ"י הטעמים שכתבנו לעיל [בסימן הקודש אות ח' ט' י'], ותמלית הדברים מפני ששניהם גורמים המפקיד במעותיו והנפקד בטרחתו ועמלו וגם אעפ"י שכבר הוליאם הנפקד במחיר חשיבי כאילו הם בעין דבין במעות לצורין ובין במעות מותרין דכיון שאינו רשאי להוליאם לצורכו רק להעמידם בעסקא. וכן בצרורים כיון שלא נתכוין לגזול את המעות המופקד לצורכו רק לזכות לעצמו בריוח שיעלו ודמי לקנין פירות לחוד וכיון שהגוף עודנו קנוי למפקיד והוא יכול להרויח בהם משה"ע חולקים בריוח, וכיון שכן ממילא מוכרע שצריך לקבל עליו שיהיה קרוב לשכר ולהפסד משום דלא עדיף מאשר נתעסק הוא בעצמו שהשם עסק ומסחר קרוב לזה ולזה, איברא היכא שמברר שיכול להלוותם ברבית על משכנות בטוחים דקרוב לשכר ורחוק מהפסד אזי גם עתה שמעכב הנפקד בידו הדין כן וצריך הנפקד לקבל עליו ההפסד מן המסחר שיעסוק בהם וחצי ריוח יתן להמפקיד, איברא כן הוא היכא דבשעת תביעה עודנה צרורים ומונחים המעות בעין תם"י ואם לא עכבם הנפקד אזי המפקיד היה יכול להרויח קרוב לשכר ורחוק להפסד. אבל היכא דבשעת תביעה כבר הוליאם במחיר. הרי כשם שלא נוכל לחייבו למפרע הוא הדין נמי דלא נוכל לחייבו בקרוב לשכר ורחוק להפסד על דבר שהוליאם במסחר, מפני שבעת גם המפקיד אינו יכול להרויח קרוב לשכר ורחוק מהפסד. דכבר ליתנהו בעינא מסתמא לא יקחו הא"י את המחיר ההוא ברבית רק עיניהם על

מעות

מעות דווקא. ובזה הדין עם הנפקד שבאם לא קיבל המפקיד על עצמו חצי ההפסד אזי אם הרויח אח"כ אין צריך לתת לו מן הריוח. ונמצא לפ"ז דגם לחילוקו של בעל המשנה למלך דלפעמים הדין עם המפקיד דאפי' לא קיבל עליו בהפסד כלום אפ"ה אם הרויח אח"כ מחוייב ליתן לו חלקו בריוח, זהו היכא דאיתא תרתי למעליותא שהמעות בעין והמפקיד יכול להרויח בהם בלא הפסד וכמ"ש המרדכי שם להלות על משכנות ברבית וכה"ג, [ויש לספק בזה היכא דלא רצה לקבל עליו גם אחריותו של אונסין, שגם באופן זה לא יצלל, דאזי איפשר שאם הרויח אח"כ דאין צריך ליתן לו כלום מן הריוח, מיהא יותר מסתבר כיון דאונס לא שכיח לא הפסיד בעבור כרוכו בזה]. אבל היכא שהמפקיד א"י להרויח בלא הפסד אזי אפי' היכא דאיתא בעינא אזי הרשות ביד הנפקד שיאמר שיקבל עליו בהפסד מן המסחר ההוא ואם לא נתרצה לו אזי אבד חלקו ממה שירויח. והטעם כיון דכל אילו דמפקיד ליטול חלקו בריוח רק מפני שיכול להרויח בהם והוויין מן שעת התביעה והלאה כחצר דקיימא לאגרא מה"ט גופא צריך לקבל עליו גם ההפסד מפני שכל מסחר קרוב לזה ולזה, ולא מחלקין בין מסחר למסחר מפני שכל מדות חכמים כך הוא [כעין שלא חלקו בשבתא דאפדנא לשבתא דארעא ב"ק ל"ו ע"ב]. דאי משום אחריות דעלמא הלא בגניבה ואבידה בין כך ובין כך יתחייב הנפקד דהואיל דנהנה מהנה ועדיף טפי מעיסקא דעלמא. ומשום אונסין בין כך ובין כך לא יצלל, והיכא דליתא בעינא אזי אפי' היכא שהלה היה יכול להרויח במעותיו בלא הפסד כלל אילו לא הוציאם מ"מ כיון דלא מחייבינן לי' למפרע אזי שוב הדר דינא ושוה להיכא שיכול להרויח בקרוב לזה ולזה, ובאם לא קיבל עליו בהפסד אזי איבד חלקו מן הריוח, וכל זה פשוט וברור:

ד **מה** שכתבתי לעיל [בסי' הקודם אות א'] בשם הרמב"ן דהיכא דשויי' טמון באש מש"ה פטור משום שלא הפסידו ממון שיש לו רק מה שיגיע לו, יעו"ש בדינא דגרמי [דף נ"ג ע"ד והכפיל עוד בזה דף מ"ד ע"א] גבי זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושיברו במקל דשניהם פטורים, וז"ל דלא מחייבינן משום דד"ג דראשון הא לא אתא נזקא מחמתי' כלל, ושני נמי מנא תבירא תבר. ואי משום שגרם שלא יתחייב לו הראשון הייני טמון באש דפטור וכבר פירשתי הטעם, עכ"ל. ושם [דף מ"ג ע"ב] כתב וז"ל בתוד"ה ואי קשי' לרבנן דלא דייני דד"ג היכי מיחייב והא גורם הוא לבטלו ממלאכתו וגורם הוא לו שלא ירויח, ל"ק דכיון דהדקי' מהכיא שעתא הוא דאפסדי' עד דפתח ליה והא אמינא דהיזק ניכר נמי הוא עכ"ל. וקשי' הן על קושיתו והן על תירוצו דמאי קושי' שהרי גם לר"מ מי ניחא דמ"מ לא עדיף מהיכא דשויי' טמון באש שהרי עודנו לא הגיע לידו. ועוד שהרי אדם שהזיק שור פטור משבת שאין דין שבת בממון, ורק היכא שהזיקו בגופו הוא דחס רחמנא על הנחבל אפי' היכא דלא חבליה בגופו כגון דאהדקי' באינדרונא. וכן לתירוצו קשיא קושי' הראשונה. ועוד דלדבריו דהוי מזיק ממש א"כ גם בשור יתחייב, ול"ל דע"כ לא נפטר היכא דאפסדיה ממונא שלא הגיע עדיין לידו רק היכא דלא עביד ליה מעשה בממונא דחבירו כגון דשויי' טמון באש וכן היכא דשברו במקל את הכלי שזרקו חבירו נמי לא חשיב כעביד מעשה בממונא דחבירו שהרי חשבינן ליה כאילו כבר נשברה ויצאה מרשותו לגמרי שהרי כחרסית חשבינן ליה דהפקרא הוא]. אבל גבי שבת דאהדקי' באינדרונא דעביד ליה מעשה בגופו דחבירו כמ"ש הרא"ש ב"ק פ' החובל [סוף סי' ג'] דלא מחייבינן ליה אלא היכא שזרק את חבירו לחדר ונעל בפניו עי"ש. אזי אילו היה ברי היזקא כגון באומן שאומנתו בכך אזי מדינא נתחייב לשלם לו ואפי' גבי שורו היכא דברור לנו שעומד להשכיר וע"י מעשיו של זה הפסידו ג"כ חייב לשלם לו הפסידו והרי זה דומה לגוזל הקנין הפירות שלו וה"נ הרי יש לו בשורו קנין לפירותיו דממון גמור הוא לכל דבר ויצא לגמרי משמא דשבת ונכנס לכלל נזק דע"כ לא נקרא בשמא דשבת אלא היכא דלא ברי היזיקא [ועיין לקמן בסימן שא"ז אות ז' בהגה"ה]:

איברא הא דמחלקין בין אדם לשור דלא מחייבינן ליה אלא בנזק לחוד. זהו דלא מחייבינן ליה בשבת כמו גבי אדם דאפי' שאין אומנתו ודרכו בכך כגון שיבר את ידו כאילו היה שומר קישואים ושבר רגלו כשומר הפתח. אעפ"י שאינו רגיל ואינו מלוי בכך. מ"מ רחמנא הוא דחס עליה דנחבל אבל בממונו כ"ז שלא נתברר לנו שעומד להרויח לא חייבא רחמנא [לרבנן דר"מ]. אולם בגוף המעשה אילו לא היה כמזיק ממש רק כגרמי בעלמא גם באדם לא חייביה רחמנא. ובזה לא ניחא ליה לרמב"ן לחלק בין אדם לשור אלא דבדבר דאילו היה היזקא בבירור מחייבינן ליה גם בממונא משום דחשיב כמזיק ממש למסקנת הרמב"ן בתירוצו משום דעשה מעשה בגופו או לכה"פ כגרמי לר"מ לס"ד דרמב"ן בקושיתו, אפס בדבר דלא ברי היזקא הוא דמחלקין בין אדם לשור ועיי' היטב באשרי פ' החובל [סוף סי' ד']:

ה **ולפי"ז** הא דאיתא בש"ע ח"מ [סי' ש"ז וסי' ש"מ] בכחשא דהדר דפליגי הפוסקים בזה זהו כל היכא דלא ברי היזקא ודעת המחייבים משום דגבי שור שעומד למכור חשיב ליה כנזק ואינו דומה להכהו על ידו וסופו לחזור דגבי אדם שאני שאינו עומד למכור כמו שכתבו הפוסקים שם וכמ"ש התוס' פ' השולח [דף מ"ב] ואשר"י ריש פ' השואל יעוי"ש:

ולפי"ז גבי שוכר היה מן הדין שישלם לו שכרו אע"ג שאינו יכול לעסוק במלאכתו דלענין שכירות הרי ברי היזקא. אלא דיותר נראה שגם בזה פטור וגם אפי' היכא דברי היזקא כיון דלא עביד ליה מעשה בידים רק בפשיעתו נכחשה ולא חייבה התורה את השומרין בחיובן רק בדבר שאין סופו לחזור לקדמותו. שהרי גם בשומרין פסקינן שיכול לומר לו הש"ל. [דוק מינה שגם בנזק דחייבי' רחמנא כאילו נמכר הוא מטעם דחס רחמנא על הנחבל שהרי אפי' כשאינו אומן ואינו עומד כלל למכור כעבד ואחרי נמכר מי יקנהו לאיש בעל כמוהו שהרי אפי' נהוס כריסיה לא שוי' וזה הטעם עצמו בכל שבת דחייבי' רחמנא גבי אדם וכמש"ל וכן מבואר בפוסקים שם להדיא וברא"ש פ' החובל סי' ד']. אבל היכא דברי היזקא ועביד מעשה בידים איפשר שכל הפוסקים מודים בזה לדעת הרמב"ן משום שאין זה בכלל שבת רק בכלל נזק כיון שהזיק לקנין פירות שלו:

ו **ולפי"ז** יתיישב על נכון דברי הרמ"ה בנימוקי יוסף בפ' כיצד דהא נועל בית חבירו דקיימא לאגרא דחייב לשלם לו דחשיב כאילו אהדקי' באינדרונא וכאילו גזלו [זהו תמצית העולה מהדברים המעורבים שנשתבשו בדפוס]. והקשה בקצה"ח [סי' שס"ג ס"ק ג'] דהא אין דין שבת בבהמה. ונראה דעיקר כוונתו כך הוא דאיתא באשר"י שם בפ' החובל [בסי' ג'] דאהדקי' באינדרונא הוא דוקא כשעשה מעשה בגופו אבל היכא דנעל בפניו לחוד פטור דדמי לפורץ גדר בפני בהמת חבירו דפטור יעו"ש. נשמע מזה דלדעת הפוסקים דסברי דהא דמקשינן [ב"ק נ"ה ע"ב] אי בכותל בריא אפי' בד"א נמי ליחייב דקאי גם אבהמה. ועי' בש"ע [סי' שצ"ו ס"ד] דפליגי הפוסקים בזה. וא"כ גם באהדקי' חשיבא מעשה אפי' שלא עשה מעשה בגופו רק שנעל בפניו משום שגם זה כמעשה דמי. ולפי"ז ממילא נשמע היכא דברי היזקא שכבר יצא מכלל שבת שהרי מזיקו ממון גמור והוא קנין פירות שיש לו בביתו. וזהו שהרכיב הרמ"ה את שני השמות בהדי הדדי. משום דפשיטא ליה דאהדקי' כפשטא דמילתא שנעל בפניו לחוד ונמצא נקוט מיהת חדא דזה חשיב כמעשה משום דס"ל דגם בפורץ גדר בכותל בריא חייב על הבהמה. רק דאכתי יש מקום לפוטרו משום דאין דין שבת רק באדם לזה כתב דהוי כגוזלו שהרי ע"י מעשה זו הפסידו את קה"פ שיש לו בבירור וכל היכא דברי הזיקא כבר יצא משמא דשבת ונכנס לכלל נזק וכמש"ל. [ועיין לקמן בסי' שא"ז אות ז' בהגה"ה. ומ"ש בזה שם באות ה' עפ"י פסק הש"ע]:

ז **הן** הדברים שכתבנו בדעת הרמב"ן לחלק בין היכא דעביד מעשה בגוף הדבר הניזק כעין זה מצינו בדברי קדשו שחילק בזה גבי מזיק שיעבודו משום דבדידיה קעביד מעשה. ומלבד זה הוא סברא מוכרחת בכל מילי דנזקין שהרי כבר קדמו רבותינו בעלי התוס' והוכיחו מכמה סוגיות בש"ס דאדם המזיק חייב יותר משומר חנם. וגבול נתנו לדבר דכל היכא דדמי לאבידה דקרובה לפשיעה. אע"ג דבש"ח פטור מ"מ באדם המזיק חייבא רחמנא. ומש"ה כשנפל מן הגג אפי' ברוח שאינו מצויה ושיבר הכלים של חבירו חייב בנזקו אע"ג דש"ח פטור אם נעל בפניה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה אבל במידי דהוי כעין גניבה אע"ג דש"ש חייב אבל באדם המזיק פטור יעו"ש בר"פ המניח בד"ה באפילה שנו. ולפי"ז קשיא לכאורה דא"כ בנותן סם המות לפני בהמת חבירו דפטור דהוי לה שלא תאכל [ב"ק מ"ז] וכן הפורץ גדר לפני בהמת חבירו לדעת התוס' ושאר פוסקים דפטרי. הכי יעלה על דעת שש"ח יפטור בכגון זה היכא דרואה שאחר נתן סם המות לפני בהמה המופקדת אצלו. וכן בפורץ גדר דאפי' נפרצה ע"י אחר חשיבא פשיעה גמורה לגבי שומר ולא אמרינן

אמרינן הוי לה שלא תברח. א"נ דבע"כ צריכין לחלק כן. דדוקא היכא דעשה מעשה בממונו של חבירו אע"ג דלא נעשה מעשה בגופו אלא בדבר דהו"ל לשום עיונו. אזי בכל דבר דהוי בפלס המשקל כעין אבידה אזי חייבה רחמנא לשמור את גופן כעין דא"ר גבי ש"ש לשמור ממונו של חבירו שלא יוזק, כן חייבה רחמנא לשמור גופו שלא יזיק. ומש"ה גבי נותן סם המות הוא דפטור מפני שלא נעשה מעשה בגופו בממונו של חבירו. אבל גבי ש"ח חייב מפני שנעשה שומר על ממונו של חבירו. וכן גבי פורץ גדר דפטור גבי אדם המזיק מפני שלא נעשה שומר על ממונו של חבירו. רק על גופו לחוד וכיון שלא הוזק ע"י גופו אין מקום לחייבו:

ח **בדברי** רבינו אלעזר מטולא מובא בתשו' מיימוני לס' משפטים [סי' ע"ו] שחידש דבשכירות אין בו משום רבית ומביא ראיה מהא דאיתא בעדים זוממין דמשלמין לפי אומד דבין שלשים יום לעשר שנים. והקשה המשנה למלך [פ"ז מה' מלוה] דמנא ליה דאמדינן מן הלוה ומזה הוכיח דבשכירות לית ליה משום רבית ואיירי התם בשכירות לחוד דלמא האומד מן המלוה מה שיפחות ללוה בהלואה לעשר שנים שישלם לו מיד. ולפע"ד נראה לתרץ שהרי הית גופא ספיקא הוא דהוי. אם יפחות דבר ללוה שהרי מתחילה כשהלוהו לעשר שנים מי כפוהו לזה. אם לא שמאמד א"ע שלא יצטרך להם. רק דמ"מ מכלל ספיקא מיהת לא יצא דאולי נולד לו אח"כ איזה עסק ויפחת לו. וזה מוכח להדיא בב"ק [דף פ"ט ע"א] אמר אביי ע"ה הואיל ואתא לידן נימא ביה מילתא ע"ה לאשה הוית. דאי ס"ד לבעל הוי נימרו לה עדים מה אפסדתיך. אי הוית מזבנית ליה לע"ה בעל הוי שקיל מינך. הרי להדיא דכל ממון שעומד בספק אין העדים זוממין משלמין כלום רק היכא שיכול הלה למוכרם. דאי לא תימא הכי אמאי אין צריכין לשלם לאשה כלום אם אמרינן דע"ה לבעלה. דמ"מ ע"י עדותן הפסידה היא עצמה את ספק ממונא שהיה לה. [ועיין בנתיבות סימן ס"ו ס"ק ל"ג שכתב מזה]. וכיון שכן תו א"א לומר דאומד לגבי מלוה מה שיפחות ללוה שהרי אין זה ממון גמור ברור רק שנכנס בכלל ספיקא ובכל מידי דספק ממונא אין עדים זוממין משלמין. רק היכא דאפשר למוכרם ויגיע לידו מן הלוקח מיד בשביל טובת הנאה שבו. ואזי צריכין לשלם מה שהפסידו לו את דמי ע"ה. ובכ"ד פשיטא שאין ללוה צד זכות במה שיפחות המלוה בשביל זה שיהיה ברשותו למוכרם לאחרים. דגרע טפי מדבר שלב"ל ולא עבידא דאתי דאפי' לר' מאיר לא קנה. [וא"ל דמ"מ יכול הלוה להלוות לאחר סך זה כגון שחייב למלוה מאה זהובים על עשר שנים ובאם יניח המלוה מחובו כדי לשלם לו מיד אזי יפסיד עשרה זהובים. רק דספיקא דאולי לא יניח לו כלום וימתין עד הזמ"פ כאשר התרצה מתחילה לכן בעבור ע"ה זו יתן הלוה לאחר סך נ"א זהובים באופן זה דבאם יניח המלוה מחובו יהיה הריוח שלו ובאם לא יניח לו כלום אזי יתן לו הסך במילואו כשיגיע הזמ"פ. דזה מופרך מכמה צדדים כמובן. ועוד דממ"נ אם יתנה לאחר בהלואה הרי זה רבית גמורה. דהא אם לא יניח המלוה מחובו אזי יצטרך לשלם יותר ממה שקיבל שהרי סוף סוף אין זה כמכירה גמורה שהרי עודנו הלוה משועבד למלוה כמקדם ולא יפטור מחובו במה שמסרה לאחר. ואם יתנה הלוה לאחר בתורת פקדון אזי לא יתחייב באונסין רק כשהתנה עמו ומי פתי יסור הנה שבשביל ספק מועט כזה יתחייב א"ע בחיוב שאינו בידו לשומרם] א"נ דאומד דמתניתין הוא מן הלוה והוא מה שיוסיף הלוה על חוב שכבר הגיע זמנו כדי שיאריך לו עד י' שנים. ואף את"ל שגם מן הלוה אינו ממון גמור דאולי א"צ עוד למעותיו. מ"מ לו יהיה דספיקא הוי מ"מ צריכין העדים לשלם לו דמי טובת הנאה. שהרי המלוה יכול למכור את החוב עם דמי ע"ה זו דשמא יוסיף לו הלוה בצד זה. שהרי אפי' במלוה ע"פ יכול למוכרם במעמד שלשתן. ונמצא שהוכחת ר"א מטולא כראי מוצק בזה דבע"כ צ"ל דאומד דמתניתין הוא במה שיוסיף השוכר ולא להיפוך ממה שיפחות המשכיר או המלוה:

ט **ע"ש** במשנה למלך שהקשה על עיקר הדין שפסק הר"א מטולא דבעה"ב מחויב לשלם למלמד במה שיכול להרויח דהא מבטל כיסו של חבירו הוא. [אבל על עדים זוממין דמתניתין לא קשיא ליה חדא דאפשר לומר כיון שע"י עדותן הוצרך לשלם מיד בדבר שפטור בו עתה הוי כמזיק ממש. כמש"כ בקצה"ח (סי' ע"ג) ועוד דעדים זוממין שאני דמשלמים אפי' בדבר דמזיק דעלמא פטור וכמ"ש בסי' הקדוש אות ב']. איברא תירוצו של בעל המל"מ נראה קצת דחוק. דאיירי בדתבעו ליה ובעה"ב מרויח בהם. ודמי לדברי מרדכי בפ' הגוזל ולא נזכר זה כלל בדברי ר"א. ועוד דלדברינו שכתבנו בסימן הקדוש [באות ח' ט' י'] אין זה ענין לדברי המרדכי כמובן. ואפשר לתרץ דברי רבינו אלעזר דגבי מלמד שקבע עמו לשלם לו מיד. אזי אמרינן דמסתמא היה יכול להשכיר גם אצל אחרים בדמי שכירות כזה וא"כ גם אם לא פסק עמו היה מחויב לתת לו סך זה משום שבת דאדם דלא גרע מאסדקי' באינדרונא. וכיון דעיקר נובע משבת דאדם הרי זה דומה כאילו אמדוהו מתחילה בכך דאם יתן לו מיד יתן לו כאשר קבע אתו. ובאם ידחהו לעדני עדנים שגם זה יש לו שיווי אצל השוכר והמשכיר ונמצא שבאם יתן לו רק הסך שפסק עמו ישלם לו חצי דמי שבתו שחייבו רחמנא. ומשו"ע יש מקום לומר דמחויב להוסיף לו בכדי שיגיע לדמי שבתו שחייבו רחמנא וזהו בשבת דאדם דת"ר אפי' שלא במקום נזק ואפי' ע"י גרמי בעלמא אע"ג דלא עביד מעשה בגופו ממש רק ע"י דבורו לבד:

נהדרין לעניננא קמא שגם מדברי בעל מל"מ מוכח מיהת דגבי הלואה אפי' כשתבעו לו שיש בידו להרויח בהם והלה מעכבם ומרויח בהם אפ"ה אסור משום רבית שהרי לדעתו מיירי בתשו' מיימוני באופנים הללו ואפי' בכה"ג לא חייבו אלא בשכירות דלית ביה משום רבית:

סימן יז

עוד בענין הנ"ל

א **עתה** נשתעשע עם החכם השואל ונתעלסה אתו באהבים בחידושין שחידש בזה בדרך קצרה ומובטחני בו שיודה על האמת ויקוים בנו ואת והב בסופ' [קידושין דף ל' ע"ב]:

מ"ש לתמוה על הרשב"ם שהקשה על רב האי גאון דהא כל הגזלנים אינם משלמין אלא כשעת הגזילה מובא במרדכי בפ' הגוזל קמא [סי' קכ"ה], והקשה מעכ"ת דה"ט משום דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן. ומסתמא נתכוין להרויח בשביל המפקיד, חדא דא"כ אמאי פסק שיהיה רק למחצית שכר דהא דמי כולהו בעי לאשקל להו ודי לו למתעסק ליטול רק כפועל וכמו שפסק במרדכי שם לעיל מינה [סי' קכ"ד] וכן הוא בהגה"ה [סי' רנ"ב], וא"ל דנטלם בעיסקא דהיינו בפ"מ ופ"פ מ"מ כיון שכבר נעשה גזלן בפלגא מלוה שנטלו לעצמו כבר יצא מחזקת כשרותו ושוב אפשר לומר דנטלו כולו במלוה. ועוד דמשמע ליה קצת מלישנא דנקט ושלח בהם יד משמע דידוע מילתא שנטלם לעצמו, וא"ל דנטלו בתורת עיסקא וקא סבר דלא נעשה גזלן משום זה כיון דבל"ז מוכחים אלו בעלים מעסק. מ"מ כיון דלקושטא נעשה גזלן עליהם אזי ממילא השבח קנוי לו כדין גזלן דעלמא. איברא למש"ל [בסי' ט"ו אות ח' ט'] אתי שפיר:

גם מ"ש בתוך הדברים דדמי לספינה דנחית לאגרא, יעו"ש ברש"י שכ"ש להיפוך דמש"ה אם רצה נוטל פחתה ואם רצה נוטל שכרו משום דהוי ליה גזלן, הרי להדי' דאע"ג דקיימא לאגרא ונחית לאגרא אפ"ה הוי כגזלן, ותו לא שייך ביה הטעם משום דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן ואפ"ה אם יתרצה הלה בשכר מחויב ליתן לו משום דזה נהנה וזה חסר ומשכו מתחילה לכך ונתחייב בהם ושוב א"י לחזור, ומפשטות הדברים מוכח משם להדי' להיפוך והוא דכל דלקושטא דינו כגזלן שוב לא נוכל לחייבו משום חזקה זו ולומר דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן וטעה בדעתו וקסבר דבזה לא יהא גזלן שהרי גם בספינה דקיימא לאגרא לא מחייבינן לי' באגרא רק היכא דנחית ליה לאגרא להדי', והיכא דלא כ"ל לא מחייבינן לי' בסתמא משום חזקה זו כיון דסוף סוף נעשה גזלן עלי' לא מחזקינן ליה בטעותא כדי לחייבו, ואינו דומה לדברי מרדכי דלעיל משום דהתם מחייבינן ליה בכולי' רווחא. ובאופן זה פשיטא דגם לקושטא לא נעשה גזלן כיון שכל עולם מחשבתו רק לטובת הבעלים ולא להנאת עצמו אע"ג דלכתחילה אם בא לשאול אמרינן ליה דלא יגע בהן בזה אמרינן דטעה בדבר איסור זוטא כזה, ומשו"ה מחייבינן לי' בכולי' רווחא כדי לנקותו משמא דגזלנותא ובכדי שיצא מאיסור חמור כזה אמרינן שפיר דמשום חזקה זו מסתמא דעתו מתחילה לכך. אבל בנידון דרב האי גאון דלא מתחייב ליה אלא

אלא בפלגא רווחא הרי לקושטא דנעשה גזלן בפלגא שוב אזדא ליה חזקה זו דמה לי פלגא ומ"ל כולי':

גם מ"ש רו"מ בשם הב"ח דהיכא דברי היזקא גם במבטל כיסו של חבירו חייב ודימה לזה שה"ס בהלואה נמי היכא דמעכבים לאחז"פ. איברא למש"ל [בסי' ט"ו אות א' ובסי' ט"ז אות ו'] דגבי הלואה שאני משום דבדידי' קעביד מעשה אבל במבטל כיסו של חבירו דבדחברי' קעביד מעשה הוא דמחייבינן ליה לדעתו דב"ח ורמ"ה דהיינו או שגורר כיסו של חבירו לחדרו של בעה"כ ונעל בפניו דדמי לאהדקי' באיגדרוגא לדעת הרא"ש [אלא דבאדם מחייבינן אפי' היכא דלא ברי היזקא משום שבת. אבל גבי ממון דלא נתחייב משום שבת פטור רק היכא דברי היזקא חייב משום. נזק וכמש"ל בסי' ט"ז אות ד'], ולדעת הפוסקים דסברי בפורץ גדר בפני בהמת חבירו לחייב כשנאבדה משום דחשיב להו המעשה בגורם כעושה מעשה בגוף הממון. או דטעמא כמ"ש הרמב"ן בדד"ג משום שהוליאה מחזקת שימור למקום אבוד והפקר. כן י"ל דה"ה להיפוך היכא דנעל בפני כיסו של חבירו דחייב היכא דברי היזקא שע"י מעשיו הוליא ממונו של חבירו מחזקתו ורשותו של בעלים הראשונים, והעמידם במקום שאינו בחזקתו ורשותו, ועי"ז איבד והירס קנין פירות שלו כמ"ש לעיל [בסי' הקודם אות ו']:

ב גם מ"ש כ"ת לתרץ הקושיות [המובאים במל"מ פ"ז ממלוה] על ר"א מטולא מובא בתשו' מיימוני [ס' משפטים סי' ט"ו] מנכסו עמי היום והנהו דמהפכי בי דרי ומהאי דמרבין על השכר [בב"מ דף ס"ה ע"ג ע"ה] דהתם לא הרויח ור"א מטולא איירי כשהרויח. לא נראה לחלק בזה רק לענין חיוב ופטור אבל לא לענין איסורא והיתרא ולענין לכתחילה. דממ"נ אי ליכא איסורא דרבית בשכירות אפי' כשלא הרויח נמי ואי איכא איסורא דרבית בשכירות אפילו כשהרויח נמי אסור מדרבנן, אפס לענין איסור רבית דאורייתא בר"ק הוא דמחלקינן בין הרויח ללא הרויח. אבל מידי אבק רבית אכתי לא נפיק ודוחק לומר דר"א לא התיר בשכירות אלא גבי אבק רבית דרבנן, והוא כשהרויח דאז כבר יצא מידי רבית דאורייתא מיהת הוא דמתיר גבי שכירות אפי' מדרבנן. דא"כ בל"ז מאי קשיא ליה למר אחיו של ר"א מטולא מהנהו דדרי באגי או מהאי דנכוש ועידור, דשאני הכא דהוי כרבית קצוצה מה שאין כן גבי הנידון דר"א שהיה לאחר זמ"פ דבל"ז לא הוי אלא א"ר [דס"ל כדעת הרמב"ם בזה] א"ו דס"ל דאפי' ברבית קצוצה מתיר ר"א לגמרי גבי שכירות אפי' מדרבנן:

ג להשלים הדברים שכתבנו לעיל מזה דגבי ספינה אפילו דקיימא לאגרא ונחית לאגרא מ"מ כל דין גזלן עליה, עיין בקצה"ח [סי' ש"ח ס"ק ג'] שהקשה על הרמ"א שם שפסק דאם נטל בהמת חבירו דקיימא להשכיר בתורת שכירות ומתה בדרך דפטור ולא דמי לשואל שלא מדעת, משום דק"ל ונחית לאגרא. והקשה דהוי לי' להרמ"א לפרש דאם מתה מחמת מלאכה דחייב כמו גבי ספינה דקיימא לאגרא ונחית לאגרא דאם רוצה נוטל פחתה. ועוד שגם לענין שאר אונסין מבואר ברש"י דדינו כגזלן כמו שכתבתי לעיל, ונראה לפי ענ"ד דלק"מ שהרי גבי אבידה תנן בהדי' לחלק בין דבר שעושה ואוכל דמחוייב להשכירה לאחרים משום השבת אבידה ובדבר שאינו אוכל ועושה הרי זה לא יגע בהן ומבואר שם להדי' [ב"מ דף ל' ע"א] דאפי' בקורדום דפחתן מעט ושכרן מרובה ה"ז לא ישתמש בהן בקשה, ומשמע אפי' בשכר. [ועיין ב"מ (דף פ"ב ע"ב) דגבי עני משכירין משה"ע, אבל גבי אבידה דלא ידעי לן אם הוא של עני הרי זה לא יגע בהם] ומכש"כ גבי ספינה דהפחת מרובה לפעמים מדתני אם רצה נוטל פחתה. הרי להדי' דגבי דברים דיש לבעלים הולאה עליהם ועומד להשכירם לאחרים אין סהדי דניחא להו לבעלים בהכי, שהרי היכא דאיתנהו ברשותי' מחייבינן ליה בהכי משום השבת אבידה. ומשו"ה דינו כאילו השכירו מדעתו ממש ופטור מאונסין, וכן במתה מחמת מלאכה, משא"כ גבי ספינה דלית להו לבעלים הולאה עלי' אם תנוח ולא תנוע אזי אפשר דעתה ניחא להו לבעלים שתשבות במקומה ולא להשכירה אע"ג דקיימא לאגרא מ"מ לא ברירא לן דניחא ליה גם עתה, ומש"ה לא יצא מדין גזלן לכ"ד, משום דא"ל דבעתים דלריך למעות ביותר משכירה, ואינו חושש לפחתה. וכשאינו לריך כל כך אזי ניחא לי' שלא תפחת ספינתו וחס פשוט וברור. ומשה"ט דקדק הרמ"א בלשונו בשלחנו הטהור ונקיט לי' בבהמה דווקא ולא נקיט בספינה:

ד ומ"ש כ"ת ליישב דעת הרמ"ה מובא בנ"י ב"ק פ' כילד [מובא לעיל בסי' הקודם אות ו'] משום דקשיא ליה אמאי חייב שבת באדם, הא לא הוי אלא כמבטל כיסו של חבירו, אלא ודאי משום דמתחיל היזקא מיד וא"כ ה"ה בנועל ביתו של חבירו היכא דקיימא לאגרא עכ"ל בקילור אמרים, ול"נ דאכתי קשי' דהא כיון שגם באדם אינו חייב רק היכא דמתחיל היזקא מיד, ואפ"ה קתני בהדי' דגבי אדם חייב וגבי שור פטור, ובע"כ בחדא מחתא מחתינן להו, ועיי' לעיל [בסי' ואות הנ"ל] מה שכתבנו בדעת הרמ"ה, ועוד שכבר הוכחנו לעיל [שם באות ד' ה'] דשבת באדם דחייבא רחמנא הוא אפי' היכא דלא ברי היזקא ואינו מלוי כלל:

ולפ"ז גם דברי קצה"ח [בסי' של"ג ס"ק ב'] צ"ע מ"ש על דברי תוס' ב"מ ריש פ' השוכר את האומנין דכוונתם משום שבת באדם, דא"כ אכתי קשי' לדעת הנ"י שתירץ בזה דאיירי שגם קודם ששכרם לא נמצא נהם להשכיר אלל אחר והרי כל דיני שבת באדם חייבא רחמנא בהכי כמ"ש לעיל [שם] בשם הרא"ש, ול"ל דמ"מ יצא בזה מסוג וגבול גרמי, דעיקרו הוא דווקא היכא דברי היזקא ומתחיל מיד ואזי חייב אפי' ע"י דיבורא בעלמא. אבל גבי שבת דחייבא רחמנא אפי' היכא דלא ברי היזקא זהו בדעביד מעשה דווקא. אבל מ"מ ע"י דיבור לחוד אי אפשר לחייבו בסוג זה רק היכא דברי הזיקא, ולדברינו הנ"ל אתי שפיר דכל כמה דעביד מעשה בממונו של חבירו כגון שהשליך את ממונו ש"א לתוך חדרו ונעל בפניו ונראה בעליל הזיקא של בעלים מיד במה שאינן יכולין להרויח אזי אפ"ל דכ"ע מודים לדעת רמב"ן ורמ"ה וכמ"ש לעיל [שם], אבל היכא דלא עביד בידים רק שנעל בפניו, אזי תלי' במחלוקת הפוסקים גבי פורץ גדר בכותל בריא, אם חייב על הבהמה, לדעת תוס' ב"ק [דף נ"ה ע"ב] דפטרי התם ה"נ דפטרי הכא, וכמ"ש תוס' ב"ק [דף כ' ע"א] גבי נועל דלת בבית חבירו [אבל הכא גבי פועלים דע"י דיבורא דידי' בגופן של פועלים קא מפסדי אזי יתחייב מלד דד"ג]. ורמ"ה לטעמי' דס"ל בפורץ, דחייב גם על הבהמה אע"ג דלא עביד מעשה בגופה רק בדבר הגורם. יעו"ש שכתבו הפוסקים כן ובטור [סי' שנ"ו] בשם הרמ"ה, ה"נ דמחייב בנועל ביתו של חבירו דקיימא לאגרא:

ה איברא כן הדברים לדעת הרא"ש דמדמי להו לחדא בפרק החובל [סוף סי' ג'], אבל לדעת הרמב"ן בדינא דגרמי יש מקום לומר דפורץ מיגרע גרע מנועל, משום דגבי פורץ שאני דאפקו לה ממקום שמור למקום גדודי חיות ולסטים, א"כ גם לדעת המחייבים גבי פורץ מ"מ יש מקום לפטור את הנועל, וכן המבטל כיסו של חבירו באופן זה ולא עביד ליה מעשה בגופן רק בגורם לו כגון שנעל בפניו וכה"ג אפי' היכא דברי הזיקא לדעת רה"פ והאחרונים [חוץ מדעת הב"ח ורמ"ה]:

ולפ"ז עולין פסקי הש"ע על מכונם, דגבי פורץ מביא מחלוקת הפוסקים [בסי' שנ"ו] ובנועל בפני בית חבירו דקיימא לאגרא [בסי' שס"ג סע"ף ו' ברמ"א] וכן גבי מבטל כיסו של חבירו דפטור דמשמע אפי' היכא דברי הזיקא, וכן [בסי' ת"כ סעיף י"א] גבי שבת דלא מחייבינן ליה היכא דלא עביד מעשה בגופו, והיינו טעמא כמו שכתבתי משום דא"ל דפורץ שאני, ועוד דשבת שאני דחידוש הוא דאפי' בדבר דלאו ברי הזיקא, ואפי' היכא דסתמא הוא להיפוך אפ"ה חס רחמנא על הנחבל ואפי' היכא דלא אביל לו אלא דאהדקי' מש"ה א"ל הבו דלא לוסיף עלה, וזהו היכא דעביד לי' מיהת מעשה בגופו אבל לא בדבר הגורם, אבל גבי פורץ דברי הזיקא מיהת מביא גם סברת המחייבין, [ולסברא זו נוכל לקיים סברת הב"ח גבי מבטל כיסו של חבירו אפי' היכא דלא עביד מעשה בגופן אע"ג דגבי שבת פטרינן ליה]:

ו מ"ש יד"כ בדברי המשנה למלך [פ"ד מה"מ הלכה י"ד] תוך ד"ה ולענין הלכה בהאי דינא דמהר"מ דמחלק דגבי אבק רבית לא מלי למימר קים ליה כדעת רש"י ב"מ [דף ע'] דלריך ב"ד דווקא כמעות יתומים. רק מחייבינן ליה כדעת מהר"מ. והיכא דהתנה ברבית קצוצה לא מחייבינן ליה כדעת מהר"מ. ויד"כ מפרש זה בהשכל דגבי אבק ריבית הוי ספיקא דרבנן לגבי איסור רבית וספיקא דאורייתא לגבי איסור גזל משא"כ לגבי רבית קצוצה דהוי סד"א גבי שני הקצוות. נהניתי שכתב זה בהשכל ובחכמה. איברא לקושטא אכתי יש לפקפק בזה דמשמע מדברי המל"מ דעיקר החיוב והפטור תלייא באיסור דרבנן ודאורייתא. וא"כ גם היכא דלא התנה

כלל דליכא איסורא מדאורייתא מחייבינן ליה משום דברי מהר"ם שפוסק דלא התנה חשוב כהתנה בזו משום תקנתא דרבנן לגבי יתמי והרי הכא ליתא לאיסור גזל כלל לגבי הלוה רק להיפך לגבי המלוה איכא ספק גזל משום דא"ל כדעת רש"י דלא תיקנו אלא גבי ב"ד דווקא. גם אפי' כשהתנה יש לדון ולומר לפום דברינו שכתבנו לעיל [בסי' ע"ו אות ו'] דכולהו מילי דאבק רבית דפטרוהו רבנן את הלוה אע"ג דמדאורייתא מחוייב הוא משום כמו דהפקירא שניתן להם מן התורה וגם הלוה זכה בהן מה"ת. ומה שהתקינו אח"כ גבי יתמי הוא משום דהדרי רבנן בתר תקנתא, והדרו ואפקרוהו מן הלוה למלוה. וממילא נידון כזה כבר יצא מכלל איסור גזל דאורייתא. וגם בא"ר דרבנן דמספקא לן אם חזרו ותקנו גבי יתמי אפי' שלא בפני ב"ד הרי זה דומה כאילו מספ"ל מדאורייתא אם זכה בהן הלוה מהפקירא או לא. ועדיין קשיא אמאי לא מצי למימר קים לו כרש"י וזכיתי בהם מהפקירא. גם יש מקום לומר דשאני איסור גזל דהתירה התורה ספיקא דידיה מדכתיב מי בעל דברים יגש אליהם כמש"כ בקצוה"ח בקונטרס הספיקות גבי אינו יודע אם נתחייבתי. ונראה גם בספיקא דדינא יש לומר כן [וכ"כ התומים בקיצור ת"כ בסי' כ"ג]. אבל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא לענין עיקר ועלם הממון לענין תפיסה וכדומה מפני שגם זולת האיסור גזל שבו, הכי אנן לא מחייבינן להזדקק ולדון עפ"י מוסדי תוה"ק על עיקר הממון של מי ומי הוא. שהרי גם בקטנים שאין אנן מחוייבין להפרישן מכל איסורין שבתורה. מ"מ מזדקקינן להוציא מהן דברים שאינן שלהם או שנתחייב אביהם בבירור כמ"ש בש"ע חו"מ [סימן ק"י סעיף א"ה]. הרי להדיא דלאו משום איסורא שבו לבד יסוב פני החיוב מהפטור, אלא אע"ג דאיסור גזל אזדא ליה משום ספיקא מ"מ מידי ספיקא לא נפקא. כיון דמ"מ נעלמה ממנו קושטא דמילתא אחרי עיקר הממון של מי הוא מפני ספיקא דדינא:

ז **מ"ש** לייסב דעת רש"י פרק איזהו נשך [דף ע'] התמוהים [כמ"ש לעיל סימן ע"ו אות ו'] דמש"ה צריך לחדש במעות של יתומים משום הפקירא, משום דאכתי יש איסורא לגבי הלוה. יש להשיב בזה כיון דרבנן תקנו כן כי היכי דלא ליכלו זוזי דיתמי כשם שהפקיעו את איסורא דרבנן מן המלוה ה"ה נמי מן הלוה. דאי לא הא לא קיימא הא, והכתי ילכו ממונן לאיבוד. וגבי איסורא דרבנן לחוד לא מצרכינן לכיילא משום כחו דהפקירא דהם אמרו והם אמרו. הגם שהתוס' כתבו כן לחד תירוצא שם בד"ה מעות של יתומים היינו לס"ד דאפי' הרבית קצוצה מותר ביתמי. ובע"כ משום ריבויא דקרא. דבל"ז אי אפשר לעקור דבר מן התורה בקום ועשה [דגם משום הפקירא אי אפשר כמ"ש במ"ל פ"ד מה' מלוה הלכה י"ד ד"ה נכסי]. אזי יש מקום לחלק בין לוה למלוה כמו גבי הקדש דמחלקים הפוסקים בזה בין לוה למלוה משום דגבי הקדש הכיתר בעלמותו. אבל למסקנא ביתמי דעיקרו הוא משום תקנתא שלא יאכלו את רכושם תו אין מקום לחלק בין מלוה ללוה:

גם מ"ש כת"ר באופן הב' משום דחיישינן שמא יוליא מעותיהם לצרכיו וירויח בממון אחר דזה אסור אפי' ביתמי. אתמהה שהרי גם לגבי מלוה פליגי אי להולאה נתנה או לא. רק דאנן פסקינן דמסתמא להולאה ניתנה והכי ביתמי דמהפסינן אחרי איש נאמן ואמיד ומתנין בהדיה בפירוש שיתן החלק מן הריוח. והרי זה כאילו מתנין עמו בפירוש שלא להוציאם דאזי בוודאי אסור להוציאם. ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן. והרי זה דומה כעיסקא שאין רשאי להוציאן לצרכו. ועיין קידושין [דף מ"ז] ברש"י ד"ה להולאה ניתנה. הלוה רשאי להוציאם בהולאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהיה מצויה בכל עת שיתבענו. עכ"ל. ועיין בש"מ ב"מ דעיקר ההיתר ביתמי משום דהוי כעיסקא דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון וחשבינן ליה כמתנה שומר חנם להיות כשואל:

גם מש"כ בשם הב"ח בסי' ל"ו דכתב שאינו מחוייב ליתן לו מה שהיה יכול להרויח משום איסור רבית. ומ"מ עבירה היא בידו ובכלל גוזל א"ח איכא, דאפסדהו ממון בגרמייהו. נראה לי דפשטות דבריו הוא להזהירו לכתחלה שלא יבוא לידי כך. ובדיעבד מידי הרך גזל לא נפיק ולא ניתן להישבון משום אגר נטר. וכן מלינן כמה פעמים בש"ס. עיין ב"ק [דף ק"ה ע"א] גזילה אין כאן השבה אין כאן, ב"מ [דף כ"ו ע"ב] עובר משום לא תגזול ואע"ג דאהדריה לאחר יאוש וכו', ע"ז [דף ע"ב ע"א], שעולם הכוונה להזהיר את בעלי הד"ת ולהפריסם לבל יתלכדו בענין זה שהוא מעוות שאינו יכול לתקון. ובעקבותיהם דרך בעל הב"ח גם בזה והוא מפני שכל לוים דעלמא אינם עוברין כשמעכבין זמן הפרעון אלא בלאו מדברי קבלה כמבואר בח"מ [סימן נ"ז סעיף ג']. והיכא שהמלוה מפסיד על ידו אז לא נפיק גם מאיסורא דל"ת, וא"א לתקנו עוד משום איסורא דריביתא:

ומ"ש להסב דברי הב"ח על כוונה אחרת והוא שפי' שפטור לשלם היזיקא משום איסור רבית אבל מותר והכשר הדבר שישלם לו כדי לתקן איסור גזילה. לא נהירא כלל שהרי משמא דריביתא יותר מתגלגל דינא דאיסורא והיתרא, מדינא דחיובא ופטורא. שהרי בהערמת רבית אין בהם רק משום איסורא לחוד לכתחלה, ובדיעבד מחוייב לקיים תנאו כאשר פסק לו. [ודעת רמב"ם והרשב"א שם קי"ד שם ס"ו קס"ג ועיין לקמן בד"ה כאשר פסק לו]:

ועתה יסוב פני הדבר בהיפוך ונימא שפטור ומותר מה אמרת דמ"מ ישלם משום איסור גזל ולא יתכוין משום אגר נטר. חדא דלא מלינו כזאת דאיסור רבית יהיה קשורה בכוונה. ועוד דדמי ללא איפשר וקא מכוין וקרוב לפסיק רישא [ועיין תוס' פסחים (דף כ"ה ע"ב] תד"ה לא איפשר]. ועוד דאי נימא כמ"ש מעכ"ת דהוי כאיסור גזל ממש ומשו"ה צריך לשלם לצאת ידי השבה ולא יתכוון משום אגר נטר. איברא לא נוכל לחייבו בב"ד משום א"כ. אדרבה איפכא מסתברא ויותר נכון שיכפוהו בב"ד משום איסור גזל, שהרי אגלם הכוונה רלויה בלא שום תערובות דבר, שכל כפייתן הוא רק משום איסור גזל כמו דמלינן שת"ח רשאים להלוות זה מזה. ואי משום דחייבינן שהמלוה יתכוון לא"כ משום דעיקר איסורא דא"ר לגבי מלוה הוא, הלא גם עתה שמשלם לו מעלמו עודנו לא נפקא מחשש זה:

מ"ש יד"כ להשיג על הראיה של תשובת ש"י. ספרו אין בידי לשום עיוני בהם ונכונים הדברים שכתב מעכ"ת בדחיית ראייתו.

גם מ"ש בשם האחרונים עטרת לבי [בש"ס פ"א] שעיקרן בנוין על תקנות ומנהגים של ד' ארלות, אשר לא נתפשטו בכל המקומות ולא בכל הזמנים רק בדורותם בזמן הוועד. וכן שמעתי מן ש"ב הגאון אב"ד דק"ק לונטשיץ מוהר"ח זצ"ל דאנן לא פסקינן השתא פסידא דשוקא, כתקנות ארבע ארלות:

ומ"ש מעכ"ת דפלוגתת הפוסקים [תוס' ב"ק (דף כ' ע"א) ד"ה זה אין, ורי"ף שם]. אי חייב לשלם שכר דירה בחלר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר תליא בשני אוקימתות ב"מ [דף ק"א] אם בחוץ לארץ יכול לומר עליי ואבניי אני נוטל משום כחשא דארעא. יאמין לי ידיד לבי שבכמה אופנים רליתי להלדיק דברי קדשו הנאמרים בהשכל במושכל ראשון ובפרט כי דבר גדול הוא לחפש ולתור אחרי מקור הדברים ממעיינות חכמי הש"ס, וכן דרכי מאז בעזה"י. אבל מה אעשה כי האמת אהוב אלי מכל. כן עלה כוונתו [הגם כי קילר ביותר, לשקול ולפלס הדברים ולעלות במאזנים יחד] כן הוא, דכיון שמשלם לו במה שמכחיש ארעא בשעת עקירה, היינו בע"כ כמו שאר מזיקין דשמין בכמה ימכר עתה בפחות. אבל אינו לריך לשלם לו מה שישבות האדמה מעת זמן מזריעה וקלירה שהרי שבת במקום נזק ליתא. הלא גבי אדם לחוד כמבואר להדיא בפ' החובל במתני'. [ודעת לנבון נקל להטעים בזה מש"ל (בסי' ע"ז אות ד' ו') לתרץ דברי הרמב"ן ורמ"ה. והוא דדווקא במקום נזק הוא דפטור גבי שור. אבל באנדרוגיא היכא דברי הזיקא חייב גם גבי שור, דהיינו נזק. אבל גבי אדם חייב אע"ג דלא ברי היזיקא ואפי' כשאינו מלוי ורגיל בזה דינו כמו בכל שבת דעלמא].

ומשו"ה לסברת הרי"ף יכול למחות בו שלא יעקרם משום דמ"מ יחסרוהו מהיום והלאה בזריעה וקלירה. אבל לדעת התוס' יכול לעקרם מפני שלא נהנה זה בשביתות אדמתו ש"ח. שהרי היכא שכבר עשו פירות, פשיטא דא"י לעקרם ולישלם עם הפירות. מפני דאכתי ארעא דידיה אשבח את האילנות שישאו הפירות. א"ו דעיקר הפלוגתא היכא שנתרוקנו מפירות. והטענות שביניהם הוא מכאן והלאה:

אבל לקושטא גם לדעת התוס' יכול למחות בו. בכדי שלא יוזק מכאן ולהבא עוד. וע"כ ל"פ תוס' אלא היכא שכבר דר בה דאזי פטור לשלם מפני שלא נהנה אע"ג דחסרי'. אבל פשיטא דיכול למחות בו ולהשליכו חולה כדי שלא יופסד [ואם משום שהאילנות שלו שמה. כיון דבכוונה נטעם בשדה ש"ח פשיטא דיכול למחות בו כדי שלא יפסידו הבעלים בדבר שלא גרמו לזה ע"י פשיעותן]. וגם היכא שכבר עקרם ושילם לו הנזק דהיינו מה שנפחת עתה מערכה במכירה אזי גם לדעת הרי"ף פשיטא דפטור לשלם לו שכר ביטול עבודתה:

ואגב

ח **ואגב** גררא אודיע ליד"ך בהאי עניינא שהמה בעל מחנה אפרים בהלכות גזילה [סי' י"ג] על דברי הגה"ה שניה [בסי' שס"ג סעי' י'] ישראל שברח מן העיר וכו' דפטור מפני שלא קיימא לאגרא. שאם לא היה דר בו הישראל היה דר בו הכותי, והקשה מתוס' ב"ק [דף כ'] בד"ה הא איתהנית דכתב לו חבירו לתוך בית הבליעה דחייב מפני שנהנה מחסרון של חבירו אע"ג דבשעה שנהנה לא חסרי' מידי שכבר נחסר ע"י הכותב, וכן באכלה מתוך הרחבה דמשלם מה שנהנית אע"ג שכבר נחסר מ"מ כיון דמטי ליה הנאה מכח החסרון של חבירו. א"כ ה"נ יתחייב אע"ג דלא ק"ל בשעה שנהנה דמ"מ מטי ליה הנאה ע"י חסרון שקודם לזה. ומה מאוד נפלאתי על גבר בגוברין אביר הרועים גאון הגאונים כמוהו שעמד בזה הדברים השוים במילות אפס בתוכנתם רחוקים זה מזה מרחק סלה. דגבי מידי דאכילה הוא דלא אזלינן בתר השתא ויימא כיון דהשתא לא חסריה מאומה. כיון דלעולם לא סגי בלאו הכי. שהרי א"א ליהנות מן האוכל עד דחסריה בלעיסה. או דמטיא ליה לבית הבליעה במקום שאינו יכול לאהדורי רק על ידי הדחק. ולהכי א"א לחלק ולהפריד בין החסרון שקודם להנאתו, ולבין הנאה שנהנה אח"כ. כיון דלעולם א"א בלא"ה ודומה למה דאמרינן בגיטין [דף נ"ב בתוס' ד"ה מנסך]. דא"א לינסך בלא הגבהה וחשיב כאלו נעשה בהדי הדדי. אבל גבי בית דאפשר ליהנות בלא חסרון כלל. כגון היכא דלא קיימא לאגרא כלל. ולהכי גם עתה דלא קיימא לאגרא מפני הידוע. אזי אזלינן ג"כ בזה בתר השתא והחסרון שחסרו הידוע כבר נסתלק בשעה שנהנה ולא אזלינן תו בתר מעיקרא כיון דאפשר הוא לחלק ביניהם וזה ברור ונכון:

ט **מ"ש** מעכ"ת הוכיח בש"ס ב"מ [דף ק"א] כגון דא צריכא רבה גבי זיתיי אני נוטל דאמר ר' יוחנן משום ישוב ארץ ישראל ולא אמר משום כחשא דארעא. ע"כ בחוץ לארץ שומעין לו. וי"ל דר' ירמיה ס"ל דאין נפקא מינה בין עשה בידים או לא [ועיין בתוס' שם ע"ב תד"ה בשדה] וכיון דלא חייב משום כחשא דארעא ע"כ ס"ל בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר פטור. וקשיא ליה קושיית הגמרא לעיל [דף כ'] מקורה של הקדש וצריכין לתירוצא דרבה. שמחתי על השקדת לימודו בעיונים ושעשועין דאורייתא. אבל לקושטא הלא התם איירי בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר וקשיא מקורה של הקדש אבל הכא דאיירי משום כחשא דדמי לפום דמיונו לפלוגתא דבין רי"ף ותוס' דאיירי בקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר. דתו לא קשה מהקדש שהרי גם גבי הקדש גופיה היכא דלא נהנה לא מעל אע"ג דחסריה להקדש. ואפי' לדברי הרא"ש שהמציא דאע"ג דלא עביד למיגר מ"מ חשיב כנהנה רק שיכול להשיג הנאה זו בלא שכר במ"א. אבל הכא שלא נהנה כלל פשיטא דלא מעל.. ומובן מעצמו דלדעת הרא"ש אין לדמות הנידון דכחשא להתם:

ומ"ש מעכ"ת לתמוה על מהר"י בן לב [בחלק ג' סי' קי"א] דקו' ר"ן ר"פ האומר בקידושין גבי רבה בר בר חנה יהיב ליה זוזי לרב וכו', מתוספתא, לא קאי למסקנא כיון שהמוכר לא נתרצה בפירוש למוכרם לאחרים והעיקר תלוי בדעת המקנה כדאמרינן מי הודיע וכו' יש לדחות הכי המוכר לא נתרצה להקנות ליד מי שהוא, רק בני באגי היו אלמים והיו מרחיקים הלאה את הקונים בקולות ודברים כדרך החוטפים והאלמים כי יתנו בקולם בצווחה ובצעקה להלאות הקונים לבל יקרבו זרים בתוכם שהרי אמרינן שם דמ"מ הוי ליה להודיעו סבר אדהכי והכי אתי איניש אחרינא זבין להו הרי להדיא שהמוכר נתרצה לכל מי שיזדמן ומי שלא ישמע לקולם ולא יחוש למו יקנה ולאחר הקנין שוב הקולות יחדלון ולא ישמעו עוד. ובעיקר כוונת דברי מהריב"ל בתשו' הנ"ל במ"ש שם. איברא דיש מקום לדחות דאדרבה איפכא מסתברא. ונראה ממשמעות לשונו כך דהיכא שהתנה להדיא ברבית קולא הוא דמחייב מהר"ם ביתמי אבל הכא שהתנה בפירוש שהרויח מהלבשה זו דהיינו מחיר וחילוף הראשון שיסחור מן הסחורה ואפלים שקיבל מן האפטרופוס יתן כולי' רווחא ליתמי משמע קלא [לס"ד דמהריב"ל] דדמי להתנו בפירוש שלא יתנו עוד ממסחרם שיעשו אח"כ בחילופים והלבשות אחרות וכאילו גילו דעתם בפירוש בזה. [ובמסקנא לא קיים סברא זאת]. ואולי נודע להם כי הלבשה זו רחוק מן ההפסד נתרצו מתחילה ליתן כולא רווחא ליתמי משא"כ במסחרים אחרים שיעשו אח"כ שיכנסו את עצמן בהפסידות וסכנות עלומות לכן גם אם ירויחו יהיה שלהם לבד, [אבל בסתמא ממש גם המהר"י בן לב מודה לדעת הרמ"א ז"ל]:

ועתה עיקרא לדינא דבחלק המגיע ליתומים מחויב ליתן להם חצי הריוח שמגיע לחלקם אע"ג דלא התנה כאשר פסק הרמ"א בחו"מ [סימן ר"ג] ומסקנת המשנה למלך שם ודעת בעל טו"ז ביורה דעה [סימן ק"ס ס"ק י"ז] ול"מ מי שחולק בזה מן האחרונים המפורסמי'. ודעת רש"י ז"ל שמצריך דווקא בב"ד ואנן לא פסקינן כוותיה בש"ע [עיין בש"ע יורה דעה סי' ק"ס סעיף י"ח] בזה. ולא מצי למימר קים לי כמ"ש מעכ"ת בשם האורים ותומים. [ועיין בנודע ביהודה מהדורא קמא חלק י"ד סי' מ' שהורה למעשה כדעות החולקים על רש"י]:

ובזה אצא ואומר שלום לארעא קדישא ושלום לכל יושביה הקדושים והפרושים שליט"א, ובפרט לכבוד ידידי עוז הרב השואל שליט"א, ה"ה המאה"ג הצדיק המפורסם בכל גלילותנו מו"ה **נחום** נ"י. מעי מעי הומה עלי וקירות לבבי תוקד בקרבי, מי יתן לי אבר כיונה, אעופה ואשכונה בתוככם, נשמחה ונתעלסה יחד באהבת תוה"ק, ועבודתו הכלולה וברה, המשתחוה מרחוק מול הדרת כבודכם אשר כבר זכיתם למעלה הגדולה והיקרה הזאת. ישאו הרים שלום כחפצכם וכרצון ידיד נפשכם בכל עוז ובכל קירות סרעפי לבבי:

ירח כסליו שנת תרט"ו לפ"ק קוטנא יע"א.

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה.

סימן יח

בדיני נדה

(תשובה זאת נחלקת לג' סימנים)

אחדש"ה זה איזה שבועות קבלתי מכתבו בדבר השאלה באשה שראתה דם ג"פ מחמת תשמיש, ומפני טרדות אשר רבו עלי מדי יום יום. ובשגם שהדבר איננו נחוץ להשיב מיד אחרתי עד כה. ועתה פניתי להשיבו לאשר שכתב לי במכתבו השנית שהוא לצורך העיגון:

א **אם** כן הדברים כי הוא שעת הדחק וצורך גדול. נכון הדבר לסמוך על בדיקת אמונת שמואל [סי' נ"ז]. איברא צריך לעשותו כאשר כתוב שמה וכמובן מתוך דברי קדשו. מתחלה יעשה כיס של פשתן לבן ולמלאותו במוך ולשום עץ בתוך האמצעי של המוך והכיס. והמוך והכיס יעשה כדמות אבר בינוני בארכו ובעביו, והכיס והמוך שבתוכו יהיו מתוחים וקשורים בסופם על העץ שבתוכו, והעץ יהיה ארוך ביותר בכדי אחיזה, ואשה אחרת תבדקנה כשהיא מושכבת על המטה ותכניסנה עד מקום שהשמש דש או עד מקום שתוכל ברווחא, ואין צריך לדחוק יותר מדאי, כי לא נתנה תורה למלאכי השרת, כמבואר בתשובת משאת בנימן [סי' מ"ה] ואין צריך לבדוק ג' פעמים רק בפעם אחת די כמבואר בפוסקים. רק בבדיקות מהרי"ל ומהרי"ו דמובא בש"ע [סי' קנ"א בהגה"ה] הוא דמצרכי לבדוק ג' פעמים, משום דהתם הבדיקה לעקר את הדם גופא קא אתיא ליה ולאחזוקי ליה בדם כליות גם מכאן והלאה. ואין חזקה נקבע בפחות מג' זימני. מה שאין כן הכא דבדיקה רק לעקורי ווסת הוא דקאתי. ודי בפעם אחד משום דווסת גרוע כזה דינו כווסת שאינו קבוע, דדמי לווסת דקפיצה דנעקר בחד זימנא, כמש"כ הש"ך [בסי' קפ"ז ס"ק ל"ה]. וכן הסכים בעל נודע ביהודה מהד"ק [סי' מ"ו]. וכן נראה עיקר לפי עכ"ד וכמו שאכתוב לקמן. ועיי"ש בש"ך [ס"ק ל"ג] ואפי' לדעת האפי רברבי, זהו על ידי תשמיש מה שאין כן על ידי בדיקה שפופרת וכדומה. ואין פוצה פה ומצפצף דדי בפעם אחת [וכן כתב בנוב"י בפירוש סי' מ"ו]. ומעתה גם כן אין לפקפק על בדיקה זו היכא דלא נמצא כלום על הכיס, דילמא נכפף הכיס והמוך ולא הגיע עד המקור כיון שהמוך והכיס מתוחים וקשורים על העץ שבתוכו. ובסדרי טהרה [סי' קפ"ז ס"ק ז'] שחשש קצת לזה, זהו היכא שעשה הכיס עם מוך לחוד, כמ"ש שם,

אבל

אבל היה בהעלם מאחו תיבת ע"י מוך ועץ. או שהיה איזה השמטה בס' אמונת שמואל שלפניו. והנכון כמו שכתבתי לעיל:

ומעתה בין שלאחר בדיקה הנ"ל תמלא על לד הכים ובין שלא תמלא כלל מותרת לשמש עם בעלה. כיון שהכים והמוך מתוח על העץ שבתוכו. תו ליכא למיחש שמא נכפף וכמ"ש לעיל. ואם תמלא על ראש הכים אזי תתגרש ותנשא לשלישי, שעדיין נוכל לתלות שנתקנח מן הלדדים. והוית כאילו לא נבדקה כלל. דדוקא בשפופרת שהמתכת מפסיק לבין המכחול הוא דנאסרה לכל היכא שנמלא על ראש המכחול:

ב ועתה נבאר אם לאחר שתבדוק כנ"ל. לא תמלא כלל על הכים. ולאחר תשמיש ראשון תחזור ותמלא. אזי נראה לפענ"ד דאסורה לשמש עוד עם בעלה. שהרי עיקר הטעם הוא דמותרת היכא דלא נמלא כלל, משום דאמרינן דלמא נתרפאה. כמו שכתב הש"ך [סי' קפ"ז ס"ק י"א] בשם הגהות מיימוני. ותו לא עדיפא מהיכא דהפקידה פתאום והפילה חררת דם. דאמרינן בגמ' בידוע שנתרפאת, ואפילו הכי כשחזרה וראתה בפעם א' נאסרה [כמבואר בסי' קפ"ז סעיף ט'. וכן הקשה בסדרי טהרה ס"ק ו']. ועיין בנוב"י [סי' מ"ג] בד"ה והנה אמאי וכו'. ובחוות דעת [סי' קפ"ז ס"ק ג'] בקושיא ט' ועיין שם. משמע דדוקא כשחזרה וראתה ג' פעמים ובמחילת כבוד תורתם שגו בזה דפשיטא שגם בפעם א' נאסרה: לבן נראה דעדיפא מילתא דלא תבדוק כלל לא הוא ולא היא לאחר תשמיש. דמסתמא כבר יש לה וסת קבוע. ואפילו היכא דמקדמת או מאחרת לפעמים איזהו ימים כיון שיש לה וסת שאינה רואה פחות מי"ד ימים ד"מ. אזי בתוך י"ד ימים דינה כיש לה וסת דאינה לריכה בדיקה לאחר תשמיש. עיין [סי' קפ"ו סעיף ג'] ואזי גם כשימלאו דם למחרת על כתונתה דינו כמו כתם לבד. ובכתמים לית לן למיחש כלל משום רואה דם מחמת תשמיש. דעיקר טעמא משום חששא דווסת הוא. ואין בכתמים משום ווסת. עיין [בסוף סי' ק"ג] ועיין בתשובת פנים מאירות [סי' קכ"ו חלק ב']. והשכים אתו בסדרי טהרה [ס"ק ג'], ולמאי שכתבנו הדין ברור מטעמא דכתיבנא:

גם לא יתפלא הקורא על מה שכתבתי להקל כל כך. באם לא ימלא כלל על הכים. שתשמש אחר כך בלא בדיקה כלל באותן הימים שיש לה ווסת מיהת שלא תראה במשך זה הזמן. כיון דעיקר חשש משום ווסת הוא. ולדידן דפסקינן ווסת דרבנן הוא. דינו כספיקא לחוד כמש"כ תוס' נדה [דף ס"ו ע"א] בד"ה אפי' ומבואר הדבר בביאורי מהרש"ל על הסמ"ג סוף הלכות נדה [דף פ"ה] בד"ה עלה טובה קמשמע לן דכל כהאי גוונא שאסרו חכמים משום ספיקא רשאי שלא לבדוק. ובאשה משום עגונא מוטב שלא תבדוק. ומהשתא אם בווסת גמור הכריחו בתוס' דנידון כספיקא. מכל שכן בווסת גרוע דעל ידי תשמיש דדינו כווסת דקפילות. וכמש"כ הש"ך שם [ס"ק ל"ה]. ועיין בסי' [קפ"ט סעיף י"ז] דדינו כווסת שאינו קבוע לכל דבר. וכן הסכים בנודע ביהודה [בסי' מ"ג ובסי' מ"ו] שם. וכן נראה עיקר לפי ענ"ד:

ומה שכתב בסדרי טהרה להשיג על הש"ך בזה דבווסת דתשמיש הוא משום דחיישינן מחמת חימוד ראתה. תמוה דאם כן מאי מהני בדיקת שפופרת. איברא בחוות דעת מלאתי שם [בס"ק ג'] דבנה וסייד וכייד בזה. יעויין לקמן את הנראה לפי ענ"ד בזה [בסי' כ' אות א'] דעדיין לא העלה ארוכה לגמרי כאשר נראה לפום ריהטא, ולמעיין היטב יש דברים בגו:

ג נבאר דבווסת דתשמיש הקילו יותר ממה שהקילו גבי כתמים. ואם גבי כתמים נאמרה ונשנה במתני' להדיא [דף נ"ח ע"ב] שלא אמרו חכמים הדבר להחמיר אלא להקל, מכל שכן בווסת דמחמת תשמיש דקילא טובא מכתמים כאשר נבאר:

וראיה נכוחה לזה שהרי לא עלה על דעת שום פוסק להקל בכתמי בוגרת לאחר לילה הראשונה ולתלות בדם בתולים. שגם מלד דינא דגמרא אין נותנין לה אלא לילה ראשונה. ובבוגרת שראתה אין נותנין לה אלא בעילת מלוה כמבואר בריש פרק תינוקת. ולעולם כללא דמילתא דכתמה כראייתה. ותו אין לתלות הכתם בדם בתולים אפי' לדינא דגמרא, וכראתה מחמת תשמיש תלינן בבתולים, ואפי' בבוגרת שראתה זמנים טובא, כמבואר בבית יוסף [בסוף סימן קפ"ז] ובשו"ע [סעיף י"ג]. ואפי' לדעת רמ"א דמלריך שתלטער בשעת תשמיש לאו משום סוכחה לבתולים הוא דלריך. שהרי גם במחמת תשמיש זימנין טובא נמי מלטערה, אלא משום דאי לאו הכי איכא סוכחה להיפך, משום דבבתולים מלטערת ברוב זימנין כמבואר בדרכי משה [סי' קפ"ז אות ז']. הרי להדיא דאפי' בבוגרת שראתה תלינן בבתולים. כי היכי דלא נחזיקנה ברואה מחמת תשמיש. וטעמא דמילתא מבואר בבית יוסף משום רובא אלימתא. והרואה מחמת תשמיש נידון כמיעוטא דמיעוטא. לכן יש לנטות בכל זה אחרי הפוסקים והסברות שנוטין להקל ולא להחמיר, בשגם שלאחר שראתה ג' פעמים מחמת תשמיש דינה כווסת שאינו קבוע כמו בווסת דקפילות. הגם שמקלת פוסקים מרבוותא קמאי נקטו בזה משום איסור כרת. שלא הם רש"י [דף ס"ו ע"א] בד"ה לפי שאין. וכן הוא בחידושי רמב"ן על נדה בד"ה ה"ג בתוך הדיבור וזה לשונו ומי שרולה להחמיר וכו'. כוונתם בזה שהענין בעלמותו יש בו כרת. אכן המורה וכן הבעל אין עליהם עון ועונש מחיוב כרת ולא משום איסור דאורייתא, רק משום עון קלילא שלא חששו לאיסור דרבנן שחששו לכתחילה אפי' לווסת שאינו קבוע. וכא דאיתא בשבועות [דף י"ח] דחייב חטאת בסמוך לווסתה, היינו בווסת קבוע דימים להפלגה או לחדש. אבל בווסת שאינו קבוע אנוס הוא דאין לו לחוש כל כך רק משום איסורא דרבנן שחששו לכתחלה גם לווסת שאינו קבוע:

והא שהשיג בסדרי טהרה על הש"ך דווסת דתשמיש לא דמי לווסת שעל ידי אונס, משום דחיישינן דמחמת חימוד ראתה. נפלאתי דא"כ אמאי מועיל בדיקת שפופרת. ולפי דברינו שיש להקל ברואה מחמת תשמיש יותר ממה שהקילו גבי כתמים, יש ראיה נכונה לדעת המקילין ברואה מחמת תשמיש, אם יש לה מכה אפי' שאין ידוע אם מוליאה דם, כמו שמקילין לכל הפוסקים גבי כתם אפי' כשאין לה ווסת, לענין שלא להחזיקה ברואה. וראיתי אח"כ בחוות דעת שהלך גם כן בדרך זה של בעל סדרי טהרה ומיישב בארוכות קושיא זו. ועי' לקמן [סימן כ' אות ב' ג'] שגם דבריו אינם מספיקין לפי ענ"ד:

ד הן עד כאן כתבנו שיש להקל באשה זו בבדיקת פעם אחד ע"י כיס של פשתן לבן על ידי מילוי מוך ועץ באמלע. עתה נבאר את דעת העומדים לנגדנו, הראשון בעל נודע ביהודה [סי' מ"ג] שדלא כרגא בדעת הבית יוסף שאין להקל בבעל הראשון והשני גם ע"י בדיקת שפופרת, אם לא נמלא כלל לא על הראש ולא על הלדדים. וראייתו דאי לא תימא הכי תבדוק אלל הראשון על ידי מכחול לחוד. ותירולם של הסמ"ג ושאר רבוותא לא שייך בזה, משום דעלה טובה קמשמע לן לא שייך בזה. שגם אם תמלא בראשו עודנה מותרת לאחר, דאמרינן שמא נתקנח ראשו בדם לדדים, ותועיל מיהת הבדיקה אם לא ימלא כלום, אלא וודאי שאין בדיקה מועלת אם לא ימלא כלום אלל הראשון והשני:

ואני אומר שגם לדבריו תקשה תבדוק בבדיקה על ידי כיס ומוך, וכמו שכתב באמונת שמואל, ותועיל מיהת אם ימלא באמלע הכים ולא בראשו, דנהי אם ימלא בראשו עודנה יש לומר שנתקנח מן הלדדים. אבל בנמלא על הלדדים לחוד ולא על ראשו. הרי נראה להדיא שאינו מן המקור, כמבואר להדיא באמונת שמואל ובסדרי טהרה. וכן נראה בחוש, ולא מיבעיא כפי הנוסחא אשר לפנינו באמונת שמואל. אזי בוודאי בדיקה מעלייתא היא להיתרא ולא לאיסורא כיון שנמלא רק מן הלד ולא על ראשו, אלא אפי' לפום מה שהביא בסדרי טהרה דהיינו על ידי כיס ומוך בלא עץ [כמו שכתבתי לעיל באות א'] דאפשר לחוש שנכפף הכים בתוכה. מכל מקום מבואר שם היטב דהיכא דנמלא על לד הכים ולא על ראשו דמותרת, אלא הסברת יאללני דהא דכתב הסמ"ג ושאר פוסקים דעלה טובה קמשמע לן כי היכי דלא תיאסר לעלמא. הכוונה דמשום הכי לא קתני בברייתא הבדיקה השנויה שם אלל השלישי, גם אלל הראשון, הוא משום דלא תיאסר אכולי עלמא. ומבדיקה אחרת לא איירי שם. אבל אין הכי נמי דמשכחת לה בדיקה אחרת דמהני להיתרא ולא לאיסורא, רק כיון דלא קתני בדיקה זו בסיפא תו לא קתני על רישא. או כדכתב בחידושי רמב"ן שם, דרבותא קמשמע לן דאפי' לאחר שהוחזקה לכל אלבעות ולכל הכחות מהני בדיקה:

ואין להקשות דאם נימא כדעת האמונת שמואל דמהני בדיקה ע"י כיס ומוך ועץ בין בנמלא על הלדדים ובין שלא נמלא כלל. אמאי שבקו בברייתא גופא בדיקה זו לגמרי, ואם ימלא על ראשו עודנה תיאסר מספיקא כמו היכא דלא נבדקה. ולמה נקטו בדיקה

דשפופרת

דשפופרת כלל דתיאסר בבירור. הלא עיקר כוונת הברייתא להדר אחרי היתרא, והרך איסורא שבו ממילא נשמע. וכיון דמצרכינן בדיקה להיתרא ממילא נשמע דאסורה בלא בדיקה מצד ספק. ומה להם לחזר בברייתא אחרי בדיקת שפופרת דוקא דתיאסר מצד וודאי הלא מוטב היה לשנות בדיקה קלה דשכיחא טובא, דהצד היתרא שבהם שווים, רק ההפרש ביניהם מצד איסורא דבזה נאסרה בוודאי ובזה מספיקא :

איברא לקושטא ניחא, דאי לא קתני בדיקת שפופרת כלל. אזי לא היתה אסורה מספיקא. כיון דספק דרבנן בעלמא הוא, כדכתב הבית יוסף [בסי' קפ"ז] וכמו שכתב בנודע ביהודה [סי' מ"ג וסי' נ"ז]. ועוד דרובא מעלייתא הוא דרוב נשים אין רואין דם נדה מחמת תשמיש, רק כל תוקפא דאיסורא הוא משום דאיכא לברורי את האיסור לפנינו. דאזי לא סמכינן גם על רוב מעליא. כמו ברוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם, שכתבו הפוסקים דאינן מומחין הוי כמיעוטא דמיעוטא. עיין תוס' בכורות [דף כ' ע"ב] ד"ה חלב, ואפי' הכי היכא דאיתיה לפנינו לא סמכינן על רובא. ומשום הכי נקטו בברייתא בדיקת שפופרת להורות לן דהא דאיסורא הוא משום דאיפשר לברר את האיסור לפנינו. מה שאין כן בשאר בדיקות דאזי לא איפשר לברר רק את צד ההיתרא אבל צד האיסור לא יתברר לעולם. משום דאיפשר בנתקנח ראשו בצדדי בית הרחם. אבל השתא דאיתא לבדיקת שפופר' בעולם. אין הכי נמי דתוכל לבדוק בבדיקות אחרות. ויתבררו לצדי ההיתר וצד האיסור כדקאי קאי, ועיין :

ה **הש"ך** [ס"ק י"ד] מביא ראיה לדברי רש"י ורמב"ם. דאצל ראשון ושני לא מהני בדיקת שפופרת. מקושית תוס' בד"ה ותבדוק [דף ס"ו ע"א] בהניחו בתימא, ולדעתם ניחא, אבל אי נימא דמהני בדיקה בבעל הא' אי איפשר ליישב עיין שם. איברא דקו' צריך בירור. כמו שכתב בעל אמונת שמואל. ומה שכתב שם ליישב קצת. גם כן אינו מובן למעיין דאין לזה שייכות לדעת רש"י ורמב"ם דוקא. וכמו שאכתוב לקמן :

ונראה פשוט בכוונת דבריו. כיון דלדעתם לא מהני בדיקה רק במקום עיגון. ועיקר מלב ויסוד קושיתם אזדא ממאי שהקשה בש"ס ותבדוק וכו' על בעל ג'. הוא הדין דהוי מצי להקשות על בעל שני. וזהו לשיטתם דמהני בדיקה אצלו כמו בג'. איברא לדעת רש"י לא קשה דתבדוק אצל השני דאי נימא דצריכה בדיקה. ואזי צריכה להתגרש. כי בדיקה לא מהני אלא במקום עיגון דוקא. ואין לומר דמכל מקום תיקשה לדעת רש"י דתיאסר לגמרי לשני מביאה ראשונה ואילך ותתגרש ממנו. שהרי כבר נתחזקה בג' כחות אצל הראשון. דזה אינו, דאכתי מנא ליה לסלקא דעתא דכחות של הראשון הוי חזקה אלימתא כל כך לאוסרה על בעלה לגמרי. רק שעל ידו עלינו חובה לברר הדבר על ידי בדיקת שפופרת. וזהו הבעל שלישי דוקא. דאצלו נוכל לברר הדברים. מה שאין כן אצל השני. דאזי צריכין לאוסרה לגמרי עליו. שוב לא מהני חזקה קלישתא זו מכחות של הראשון. שהרי לדעת רש"י כשם דבדיקה דשפופרת מילתא קלישתא היא דלא מהני אלא במקום עיגון, הכי נמי נימא להיפוך, למאי דסלקא דעתא מעיקרא דכחות של ראשון מהני, הוי מיהת חזקה קלישתא ולא מהני אלא למאי דאיתא בהדיא בגמרא. וזהו רק לברורי בבעל שלישי אבל לא לאוסרה לגמרי, ומנא ליה להקשות. אבל לדעת תוס' שפיר הקשו דכיון דמהני מיהת שצריכין לברורי אצל ג'. ה"ה נמי אצל השני תיאסר עד שתבדוק. וזה פשוט וברור :

איברא לקושטא, אם על הראשונים אנו מצטערים בעיקר תמיהת התוס', ואנו באים לסלק ע"י זה פסקן של רוב רבותינו הראשונים. הלא הם הרמב"ן ורשב"א ור"ת וסמ"ג וריצב"א והרא"ש והטור, דהעלו דמהני בדיקה גם אצל הא'. דמאי קושיא, חדא דמאן נימא דקושי' הש"ס ותבדוק בביאה ראשונה של הג', אזדא ליה משום שכבר הוחזקה בכחות מן הראשונים, ומש"ה תמהו דתקשה גם על השני. דילמא גם לס"ד לא מהני כחות הראשונים. רק דקושית הש"ס הכי אזדא ליה. דלאחר ביאה ראשונה של הג'. הרי כבר נתחזקה בג' כחות של שלשה בני אדם שונים, אזי כבר נתחזקה לכל הכחות, כמו בנגח שור וחמור וגמל, דאפי' למאן דאמר דאית ליה דאינו מועד לשאינו מינו. מכל מקום בנגח לכל אחד רק פעם א' הוי מועד לכל המינים. עיין בב"ק [דף ל"ז ע"א] ובש"ס שם מדמה ווסתות לשור המועד. והוא הדין הכא נמי למאי דסלקא דעתא מעיקרא. אם ראתה רק פעם א' אצל הא'. וכן אצל השני והג' נמי צריכה בדיקת שפופרת שכבר הוחזקה לכולהו. ועיין חידושי רמב"ן נדה שכתב כן להדיא דאפי' לא ראתה אלא פעם אחת אצל ג' הראשונים. נאסרה לכולן למאי דסלקא דעתא. ועוד קשיא על תמיהתם כיון דמטעם ווסת הוא דאתינן עליה. כמו שכתבו בעלמא בד"ה ונאמנת. וכן הוא בבית יוסף [סימן קפ"ז] ובבית שמואל [סימן קי"ז ס"ק ו'] וחזינן דווסת זה נשתנה לגריעותא שאינה חוששת רק כשנקבע ג' פעמים. תו ל"ק מן השני. הגם אם נימא דכחות הראשון מהני אצל השני כמו דמהני לשלישי. מכל מקום כיון שכבר נסתלק לגמרי הווסת דראשון. שוב צריכה לקבוע הווסת מחדש. ואינו נקבע רק בג' פעמים. מה שאין כן אצל הג' שפיר הקשה שכבר נקבע בג' אצבעות שונות. ול"ע גדול ליישב תמיהת התוס' :

אחר זה מצאתי בחוות דעת [ס"ק ג'] שעירב שני קושיות יחד ולשונו מגומגם. רק בעיקר הדברים כתב כן. ומה שכתב לבנות יסוד חדש על דקדוק קלה ושדופה. ועיקר הדברים דחוקים ורחוקים יעויין שם. חדא דמאן לימא לן שבדיקת שפופרת דמי לאצבע להחמיר וכבר מבואר בבית יוסף [ריש סימן קפ"ז] דבדיקת שפופרת מהני כמו אצבע להקל. ולא עוד אלא דעדיף מיניה. דלא אמרינן בו אין כל אצבעות שוות. הגם שבעל נודע ביהודה גם כן רצה להלך בדרך זה [בסי' מ"ג] אבל לקמן [בסי' נ"ז] חזר בו וכתב שם דאפילו כמה וכמה בדיקות שפופרת לא מהני כמו אצבע. ועוד יש לדבר בזה הלא חז"ל חששו למצוה ולחתור דרך סגולה כדי להתירה לינשא ואכן נכון עוד להפוך הקערה על פיה לבודקה בשפופרת בכדי שיהיה השפופרת במקום בעל. ועל ידי זה תתעגן ותיתיב ותמנע מלהנשא מפני שכבר נתחזקה ע"י בדיקת שפופרת במקום בעל. הגם אם נימא דשפופרת שוה לאצבע. מכל מקום חלילה לנו מעשות כן כדי שתתעגן [ועיין מה שכתבתי בזה לקמן בסי' כ' אות א']. ונסתר ממילא גם כן מה שכתב שם בכוונת דברי ש"ך הנ"ל :

ו **עיין** בתשו' רדב"ז [חלק ראשון סי' ת"י] שכתב שם גם כן דמהני בדש"פ אצל הראשון. אלא דמצריך בדיקה ג' זימני. ושתעסוק ברפואות בין בדיקה לבדיקה עיין שם. אבל נראה שכל זה מפני שבעל המחבר היה בגבולו של רבינו הרמב"ם דנהיגי התם לפסוק כוותי', משום האי טעמא הוא דהוסיף כל אלו [ועי' ברמב"ם סוף פרק ד' מהלכות איסורי ביאה], אבל אנן בתר דעת רוב הפוסקים אזלינן, ודי בבדיקה א' אפי' שלא עסקה ברפואות. כמו שכתב בעצמו דדעת רובא דרובא דלא כדעתו :

ואגב אזכיר למעלת כ"ת מילתא דתמוה. שכתב שם להקשות על המגיד משנה שכתב דמשום הכי לא מהני בדיקה אפי' אצל הג' שתשאר אצלו, משום דחיישינן שמא יבא עלי' בלא בדיקה. והקשה דכיון שיש לה שעת הכושר על ידי בדיקה, לא גזרינן כמו בנדה :

והוא תמוה, דבנדה יבא שעת הכושר בבירור. מה שאין כן הכא דמספקא לן. דלמא תמצא ברחם המכחול, ודמי לסוטה [במס' סוטה דף ז' ע"א במשנה שם] דמסרינן לה ב' תלמידי חכמים שמא יבא עליה הבעל בדרך. ואי משום דהתם דאורייתא והכא דרבנן. בפשטות הוה ליה להקשות דמנא ליה דגזרינן בדרבנן וצריך עיון ליישב דבריו :

סימן יט

בענין הנ"ל

א **אמרתי** נשיחה ונדברה בענין זה שדברנו לעיל בסימן הקודם ואשתעשע בדברי רבותינו האחרונים. ואלקטה דבריהם אחת לאחת. מה שכתב בנודע ביהודה להקשות [בסי' מ"ג], דלמה אסרוה חכמים בראתה ג' פעמי' מחמת תשמיש על בעלה הראשון. כיון דספק דרבנן הוא, ודילמא מן הצדדים, וכתב שם כיון דעיקר הספק נולד בדאורייתא לטבילה ולנקיים, הגם דנתגלגל לדבר דרבנן מכל מקום אזלינן לחומרא. וכן כתב בחוות דעת [בס"ק א'], היכא דראתה בתוך שיעור אשם תלוי ג' פעמים דנאסרה על בעלה

בעלה. וקשה ליה דהא לענין ווסת הוה ספק דרבנן ותירץ ג"כ כן. [איברא סותר דברי עצמו ממה שכתב (בס"ק ג') וזה לשונו, ולפי מ"ש דאינה מותרת במלאה הדם בצדדי השפופרת, רק מטעם דווסתות דרבנן, ומתירין מטעם ספק לצדדין, אם כן לפי זה צריכין נקיים, דצד נקיים הוא ספק דאוריי' כו', עכ"ל]. ובנודע ביהודה דעתו נוטה להקל גם לענין נקיים. היכא שנמצא על צדדי שפופרת, שהרי אמרינן להדיא בש"ס בידוע שהוא מן הצדדים. ולפי עכ"ד במחילת כבוד תורתו הרמה. נראה ברור דהכי פירושו, דכיון דעיקרן של ווסתות הוא מדרבנן. אפי' בווסת דחדש אי להפלגה ודילוג, אבל מדאורייתא לא תלינן כלל בתר גרמות, ולומר שימי המולד גרמו ראיות הללו, ותיאסר לבעלה כשיתגלגלו עוד לאחת מן המקריים. אלא לעולם אמרינן דבפתע פתאום נפתח המקור וראתה. ולא תלינן ראייתה בשום אמתלא וסבה. הגם דגבי שור המועד מחזקינן לי' מדאורייתא. אבל בווסתות לא מחזקינן לי' מדאורייתא בשום מקרה וסבה, אף שהוחזקה על ידו בג' זימני, [והא דמשמע בש"ס ב"ק (דף ל"ז ע"ב) ובכמה דוכתי דשוין הם. היינו לאחר שגזרו רבנן בווסתות, משתמא כעין דאוריי' תקנו], ואם כן בווסת דימי חדש דמסתבר לתלות השתנות בהם. מכל שכן בווסת דתשמיש דגרוע מהם טובא. שאינה חוששת רק לאחר ג' פעמים, ודינו כווסת שאינו קבוע לכל דבר. וגם זאת נודע בעליל. דלא חידשו חז"ל לעיקרן של ווסתות. להקל על ידו בדבר איסור דאורייתא. רק שהוסיפו עוד להחמיר על ידו ולאפרושי מאיסורא:

ולפ"ז הכי פירושו, דכיון דראתה ג' פעמים מחמת תשמיש. ובאנו לחוש דמקרה תשמיש גרמה לה. וכשם דגזרו רבנן בשאר מקרים לתלות ראייתה בהם. כיון דהשתא שנמצא על צדדי השפופרת ולא על ראשו. הרי בעל כרחו צריך לומר דמקרה התשמיש גרמה רק לחיכוך הצדדים, ולא שיפתח המקור. דאם כן היה מן הראוי למצוא על ראש המכחול, אבל לענין נקיים וטבילה הרי הדר דינא לדאורייתא. דלא תלינן כלל במקרה ואמתלא. רק שנפתח מקורה בתוך שיעור ווסת לבדיקה זו. ונמצא בשעת בדיקת שפופרת בבית החיצון, ודינו כדם הנמצא בפרוזדור, דטמאה וחייבת בקרבן. אבל לאחר ז' נקיים וטבילה מותרת לבעלה ממה נפשך. דאי בתר דאורייתא אזלת, הרי מדאורייתא לא חיישינן. ולא תלינן הראיות במקרים, ואם באת להחמיר ולומר דתלינן למקרה ומיעוך האצבע, הרי כבר נבדקה ולא נמצא על ראשו. וע"ז אתיא על נכון לישנא דש"ס. בידוע שהוא מן הצדדים. דמקרה התשמיש לא גרמה אלא לצדדין. אבל לענין הנוגע לאיסור דאורייתא. שוב הדר דינא דלא תלינן כלל במקרים לסבת דברים:

ב **והא** דלא שריא לראשון משום ספק לצדדים, דבשלמא לאחר שהוחזקה לג' בני אדם, לא קשי', כיון דאיכא לברורי על ידי שפופרת. אבל קושי' עצומה היא לדעת רש"י ורמב"ם. דלדעתם ליכא לברורי, היינו טעמא. דיש להבין על הא גופא דנקטינן לספיקא דצדדים. ובכל מקום אמרינן דחזקת דמים הוא מן המקור וחייבין על ביאת מקדש. שמע מינה דלית ביה משום ספיקא כלל. ולפי הנ"ל ניחא קצת כמובן. אבל נראה ליישב ברווחא, דאיתא בבכורות [דף מ"ב ע"ב] דגבי טומטום חיישינן שמא ימצא סריס, דהואיל ואישתני אישתני. הרי דאע"ג דגבי קטנים לא חיישינן שמא ימצא סריס ומיבמין. משום דרובא דעלמא אינם סריסים. אבל זה דאישתני מכולי עלמא. חיישינן נמי למיעוטא דסריסים. הוא הדין נמי בנידון דידן דכיון דרובא דעלמא אינם רואין מחמת תשמיש. וזו הואיל ואשתנית אמרינן נמי דילמא אישתנית נמי מכל הנשים דרוב דמיהן מן המקור וזו אישתנית למן הצדדים, ומכלל ספיקא לא יצא. אבל מ"מ אי איפשר להתירה לראשון לאחר ג' פעמי' משום ספק לצדדים. דהרי כל חששא משום ווסת הוא. ובספק ווסת נידון כספק דרבנן. כדאיתא [בסי' קפ"ד סעיף ד'] בספק קודם הנץ. היינו טעמא משום דחזקת דמים מן המקור. מאי אמרת דכיון דאישתנית אישתנית. מפני דעל זה גופא אנו דנין אם היא נשתנית. דדלמא אצבע דידי' גרם. והוא נשתנה ולא היא, ולכן היא בחזקתה קאי. ואמרינן גבה דחזקת דמים מן המקור הוא ולא מן הצדדים, אבל לשני מותרת משום ספק ספיקא כמו שכתב הסמ"ג. דאם השינוי מחמת הראשון. פשיטא דמותרת לשני. מאי אמרת דהיא נשתנית אזי מהדרינן להתירה משום ספק לצדדים. דכיון דנשתנית נשתנית גם לזה, וכמו שכתבתי לעיל:

[**לכאורה** יש להתבונן אמאי נבקו הפוסקים לגמרי גבי האיש. דאם נשא ג' נשים וראו מחמת תשמיש דאסור לישא אשה עוד, ואפשר לומר כיון דאסור לו לעמוד בלא אשה, וכיון דעיקר חשש משום ווסת הוא, וגבי מילתא דאיסורא לא גזרו רבנן]:

ג **ומה** שכתב בנודע ביהודה ובחוות דעת דמשום הכי לא שריא לראשון משום ספק לצדדין. כיון דעיקר הספק נולד בדאורייתא:

לפי מה שכתבתי בתשו' אחרת [בחלק אורח חיים סימן ח' אות א'], יש לשדות ביה נרגא ולדון בזה. הגם דקושטא הוא שכן פסק במהר"י בן לב. בספק איסור דאורייתא שנבלע בכלי והכלי אינו בן יומו, דמכל מקום אסורה כיון דעיקר הספק נולד בדאורייתא. איברא בשער המלך [בפרק י' מהלכות מקואות דף ל"ב] ד"ה וראיתי להפר"ח האריך בזה. ומביא בשם פר"ח, דהאי דספק ביצת נבילה מותרת. אף על גב דעיקר הספק נולד בדאורייתא. משום שהנדון מתפרד על שני חתיכות שונות. דהיינו על התרנגולת ועל הביצה. אזי דנין על כל אחד כדינו. והתרנגולת אסורה מספק כדין ספיקא דאורייתא. והביצה מותרת כדין ספיקא דרבנן. אבל בכלי שאינו בן יומו מספקינן אדאורייתא. שעיקר הנידון הוא על הבלוע שבתוכה שהוא מספק איסור דאורייתא. אע"פ שנתגלגל לאיסור דרבנן. אזי אזלינן בתר עיקר הספק. והקשה שם בשער המלך על זה מדברי פרי חדש עצמו [בסי' תס"ז ס"ק פ']. שפסק בגרעין חטה אחת לתותה במים וכתב עליו פסוק ארץ חטה ושעורה. וזה לשונו ומיהו מסתברא ודאי שאם עבר ולא ביערו שמותר לאחר הפסח. וכן עשיתי מעשה. וסברתו מטעם דחמץ שעבר עליו הפסח לא אסור אלא מדרבנן. והקשה בשער המלך דהא כיון שעיקר הספק נולד בדאורייתא. והוא חתיכה א'. אזלינן לחומרא כמו שפסק מהר"י בן לב. ורשמתי לעצמי שם על הגליון דדברי פר"ח נכונים. ולא הפג ריחו וטעמו לא נמר. ועיין שם בדיני חמץ [אות א'] מה שכתבנו שם:

ולפ"ז נלמוד מזה לנידון דידן. הגם דמעיקרא לענין ז' נקיים וטבילה. נידון כספיקא דאורייתא. אבל לאחר שספרה וטבלה. שכבר נסתלקה שמא דאורייתא לגמרי. והשתא יסוב פני הנידון רק משום ווסתות דרבנן, אזי נידון רק כספיקא דרבנן. לכן מחוורתא כדכתבינן לעיל [באות ב']:

סימן כ

עוד בענין הנ"ל

א **ביען** שראיתי בחוות דעת [סימן קפ"ז סעיף קטן ג'] שבנה דיק ושפך סוללה לחזק רק דעתן ופסקן של רש"י ורמב"ם דגבי בעל ראשון ושני אסורה לבעליהן אפי' על ידי בדיקת שפופרת. ולעקור פסקן של רוב רבוותא מכמה וכמה קושיות שונות שהאריך. וכאשר נציג מהם מול פני המעיין הנה. ולפי עכ"ד נראה שמקצתן תמוהות לגמרי, ואין בהם כדי פריקה לפרוק רובא דרבוותא. ומקצתם יש לדחותם, ומהם ילמוד המעיין שאינו כדאי לעזוב דעתן ולזוז זיז כל שהוא מדברי רבותינו הראשונים. גם מכמה קושיות של האחרונים. ואציגם בקצרה הנה ולא כסדרן, רק שים את הנקודים שמה לתמיהות בראשונה:

שם בקושי' (ג') וזה לשונו, כיון דכתבו הפוסקים דאפי' לא ראתה כלל מותרת. היאך נעקור הווסת של ג' פעמים. בזה שלא ראתה רק פעם א'. ובסעיף י"א כתב המחבר דבעינן עקירה ג' פעמים. ולא קשה מידי דכיון דווסת של תשמיש גרוע משאר ווסתות דחוששת אפי' לפעם אחת. והכא רק בג' פעמים. ובעל כרחו צריך לומר דדמי לווסת דקפיצה דאינה חוששת רק לאחר ג"פ. ודינו כווסת שאינו קבוע ונעקר בפעם א'. אבל כשקבעה ליום ידוע אזי דינו כווסת קבוע ואינו נעקר אלא בג' פעמים. כדאיתא להדיא בסימן [קפ"ט סעיף י"ז י"ח]. ומשום הכי בסעיף [י"א] דאיירי לענין קביעות הווסת לזמנים ידועים, להכי אינו נעקר רק בג"פ. דדינו כווסת דהרכבה. אבל הכא דבעל כרחו איירי כשראתה מחמת תשמיש

ג"פ

ג"פ בלא זמנים ידועים דבזמנים אינה נאסרת על בעלה. שהרי אפילו בסמוך לווסת תלינן בווסתה [שם דף ס"ו בברייתא] ומשום הכי דמי לווסת דקפילה לחוד. דנעקר בפעם א'. וכן כתב בנוב"י [סי' מ"ו]:

ונסתלק בזה גם קושיא (ד') שם. דמאי מהני בדיקת שפופרת וכו'. מכל מקום קשה דנראה גבי נגח שור חמור וגמל אף דהוחזק לכל המינים וכו', יעו"ש. דאיזהו דמיון יש לשור מועד דחזקה מעולה היא אפי' להוציא ממון. והוא דמדמינן לי' לווסת קבוע כמו שמדמה שם בש"ס. אבל כשרואה מחמת תשמיש דדינו רק כווסת שאינו קבוע ולחששא בעלמא. ובעילה כל דהו נעקר החשש. וזהו שכתב בבית יוסף דבדיקת שפופרת מהני להקל אע"ג דאין כל האצבעות שוות:

בקושי' (ה') כתב וזה לשונו. אם שפופרת דמי ממש לאצבע אמאי מותרת לבעל השני בלא בדיקה. דנהי דאיכא ספק ספיקא כמו שכתב הבית יוסף. הא במקום דאיכא לברורי אסור אפי' בספק ספיקא. וכאן אפשר לברורי שני הספיקות וכו' עכ"ל. איברא למאי שכתבנו לעיל [בסימן י"ח סוף אות ה'] דלא עבדינן בדיקה להחמיר עלי' במקום עיגון. רק לאחר שהוחזקה לכל האצבעות ולכל הכחות. הוא שהצריכו לבודקה ע"ש, משום דבלא זה אסורה לכולי עלמא. והבדיקה הוא להקל עליה דלמא המאה מן הצדדים או שלא תמצא כלל על השפופרת. דאז אמרינן דלמא נתרפאה. גם יש לומר דהא דלא מהנינן על ספק ספיקא היכא דאיכא לברורי. זהו היכא דצריך לספק ספיקא או לרובא לעיקר הדין. אבל היכא דמותר בלאו הכי ואיכא בהדי' ספק ספיקא או רובא. אזי מסתברא דש"ס מהני לזה שאינו צריך לברר. והכא נמי מותרת לשני מצד עיקר הדין. דמהיכא תיתי נחזיקה בבעלת מום ולומר שמפני שרחמה צר הוא הגורם וע"י זה תיאסר לכולי עלמא, אימא להיפוך שהאצבע שלו הוא הגורם. ויהיו שניהם מותרים לישא ולהנשא. כמו בכתם דתולה בדם טוהר ובדם קישוי [עיין בש"ע סימן ק"צ סעיף מ"ב], וכן כתבתי לעיל [בסימן י"ח אות ג'] דווסת דתשמיש קילא מכתם. ועוד דאפי' תאמר דהא דאין כל האצבעות שוות ספיקא בעלמא היא. גם כן מותרת לשני משום ספיקא דרבנן. אלא משום דאיכא לברורי הוא דמצריך הסמ"ג לברר משום ספק ספיקא. כי היכי דלא תצטרך לברורי עוד. ועוד כיון דלשני מיהת לא נתחזקה באיסורא. וכל היכא דלא איתחזק איסורא ואיכא רובא או חזקה או ספק ספיקא תו אין צריך לברר כמו שכתב במגן אברהם סימן תל"ז ס"ק ד' [והרמב"ן במלחמות ריש חולין, דרובא וליכא חזקה כנגדה א"צ לברר. וס"ס הוי כרובא, כמו שכתב בתשו' רשב"א (סימן ת"א)]:

קושי' (ז') אמאי לא השמיטוהו הפוסקים דאף אם נמצא על ראש המוך. אם חזרה ובדקה עצמה בשפופרת ולא מצאה דמותרת מטעם שנתרפאת. ואם כן אשה זו תבדוק עצמה תמיד אולי יהיה לה היתר וכו'. ולא קשה מידי, דהרי מבואר בהגהות מיימוני ורמב"ם [בפרק ד' מהלכות אסורי ביאה] טעמא דנתרפאת. והוא משים כמטרה לחץ את הס"ך כאילו ממנו לבד יצאו הדברים. ומסלק טעם זה מכל וכל, יעו"ש. איברא מבואר בהגהות מיימוני דבלא מצאה כלל מותרת לאחר שהוחזקה לג' אצבעות ולג' כחות משום דילמא נתרפאה. ונ"ל דהיאך משום ספיקא דאולי נשתנה הדבר ממה שהי', מוציאה מידי ודאי, והא בעלמא אזלינן בתר חזקה קמייתא. ואפי' בשוטה דאיכא רפואה כל זמן דלא ידעינן שנתרפא הרי הוא בחזקת שוטה. והא דלא מצאה כלל על השפופרת. בעל כרחו הוא משום דלא דמי כח גברא של תשמיש לבדיקת שפופרת. כמו שכתב בנודע ביהודה [סי' נ"ז] וכן כתב הוא עצמו בחוות דעת. אלא ודאי הסברא הוא, משום דעודנה לא נתחזקה לאוסרה. כיון שהספק שקול לפנינו. אם מן הצדדים או מן המקור, וחזר דינו כספק ספיקא. מה שאין כן היכא שכבר מצאה על ראש המוך דנתחזק שהוא מן המקור. שוב אין ספק מוציא מידי ודאי. וזה פשוט וברור:

קושי' (ח') אם מצאה הדם מן לצדי השפופרת דאמרינן דם לצדדים הוא. ומותרת לשמש לעולם גם כשהיא רואה תמיד מחמת תשמיש. וא"כ לכאורה נראה דאפי' נקיים אינה צריכה וכו' עיין שם. כבר כתבנו לעיל [בסי' הקודם אות א'] את הנראה לע"ד בזה על נכון. ומה שתירץ המחבר על זה נבאר לקמן [באות ב']:

קושי' (ט') רפוי' בעצמותה ואין בהם די ספוקו לדחות עי"ז דברי הרמב"ם והגהות מיימוני. ומה שסיים קושייתו מחמת נקיים. כבר נכלל בקושי' ח':

קושי' (י') דברי הב"ח אי איפשר ליישב כלל. שכתב דבדם המקור אין שייך לומר אין כל האצבעות שוות וכו'. ועיין בנודע ביהודה [בסימן מ"ה] מה שכתב בזה הגאון החסיד מוהר"ח ז"ל. ובעל נוב"י הרחיב בזה וקלסהו בסי' [מ"ו] שם:

קושי' (א') וזה לשונו כיון שהתוס' כתבו דרואה מחמת תשמיש ווסת גרוע הוא מאחר ווסתות וכו'. אם כן בימי עיבור והנקה לישתרי. דאפילו לווסת גמור אין חוששין בימים אלו וכו'. אם כן המקשה בנדה [דף ל"ט] אר' מאיר דבימי זיבה לישתרי. תקשה ליה לרבנן ברואה מחמת תשמיש. וכן אם ראתה ג' פעמים מחת"ש בימי עיבור והנקה. כיון דאין קובעת ווסת בימי עיבור והנקה תישתרי לדעת הט"ז [בס"ק ס"ז] עכ"ל. ונראה דהא דמדמה הרב המחבר למאי דס"ד בגמ' לר"מ בימי זיבה. יש לחלק טובא. דהתם כיון דימי זיבה באים ממילא. לכן קסלקא דעתא דמותר להשהותה. כיון שימי ההיתר עתידין לבוא בודאי. ודמי לאשתו נדה דלא חיישינן שיבא עליה בימי נדתה. מה שאין כן הכא כיון שאסורה לו שלא בימי עבורה שוב לא תתעבר [דאין אשה מתעברת וחוזרת ומתעברת (נדה דף כ"ז ע"א)] ותהיה אסורה לעולם. ובכגון זה בודאי חיישינן לקלקולא. כמו בסוטה דמסרינן לה שני תלמידי חכמים. והכי נמי ברואה מחמת תשמיש קא שרינן לה להשהותה על ידי שלים. כמבואר [סעיף י"ב] אך מה שסיים באם ראתה ג' פעמים מחמת תשמיש בימי עיבור והנקה תישתרי לדעת הט"ז. הדין עמו, וי"ל דאין הכי נמי. איברא לדעת הש"ך לא קשה מידי. כיון שגם שלא בימי עיבורה דינה כווסת שאינו קבוע. דדמי לווסת דקפילה. ובימי עיבור והנקה נמי דנהי דאינה קובעת. אבל מכל מקום חוששת כמו לווסת שאינו קבוע. כמ"ש בסימן [קפ"ט סעיף ל"ג] ובחוות דעת [ס"ק נ"א] בחדושים: גם איפשר לומר דנהי דאינה קובעת ווסת בימי עיבור והנקה. זהו בווסת התלוי במזגי הטבעי. כמו אכלה שום או ווסת דחדש והפלגה. אזי אמרינן דבזמנים הללו היא בחזקת מסולקת ממרוצת הטבעיים. אבל ברואה מחמת תשמיש שבא בכח ובפועל מדישת ותנועת האבר. כמו שכתב בנודע ביהודה [סי' מ"ה וסי' מ"ו]. אזי גם בימי עיבור והנקה קובעת. ויתא גם לדעת הט"ז דסבירא ליה דדמי לענין קביעות לאכילת שום. והטעם כדכתב בנוב"י [סי' מ"ו] דאינו דומה לקפילה שנעשה באונס. מה שאין כן הכא שנעשה ברצון עיין שם בהגה"ה בשם בעל הנפש להראב"ד:

ולפי"ז יש לומר דאין דינו של החוות דעת מוכרח. מה שכתב שם [בסימן קפ"ז ס"ק א'] בסוף הדיבור. דאם ראתה ג' פעמים מחמת תשמיש. והראיות היו מופלגות מן התשמישים. דמכל מקום אסורה לשמש שני פעמים בלילה א' משום עונה הסמוך לווסת דשאני ווסת מחמת תשמיש שבא בפועל. אזי הענין מחייב שתראה מיד בתוך שיעור ווסת. ואם לא ראתה מיד. תו לא נחשב כלום לראייה שאחר כך. מה שאין כן באכלה שום שלא נעשה הגורם בפועל ממש. רק שעל ידי זה נתחממה וראתה וכל מרוצת הטבע הולך וסובב לאט לאט. וגם בקפלה וראתה ביום שלאחריו ג' פעמים לא תלינן. ולא חיישינן לקפילה. כיון דלא ראתה מיד. אלמא קפילה לא גרמה מידי. ועיין נדה [דף י"א ע"א] ללישנא בתרא. דפסקינן כוותיה [בשו"ע סי' קפ"ט סעיף י"ז]. דלא אמרינן דקפילה דאתמול נמי גרמה ואפילו ללישנא קמא החילוק פשוט. דהתם איירי לענין ווסת המורכב דאלים טפי דדינה כווסת דהפלגה ממש. והא דאיתא [בסי' קפ"ט סעיף כ"ד] דאם אין כל הראיה מובלעת בתוך הווסת אלא נמשכת גם אחר הווסת וכו' דמשמע דקפילה נמי קאמר. התם איירי שהתחילה לראות מיד כמבואר להדיא. ומכל מקום נראה דבווסת דקפילה אין להחליט בבירור. דיש לומר דאולי חימום דקפילה הוא הגורם. ודמי לאכלה שום לענין זה. מה שאין כן במחמת תשמיש נראה יותר דאין לחוש בראיה מופלגת. והמחבר אזיל לטעמיה בזה. כמו שכתב [בס"ק ג']:

בקושי' (ב') הקשה שם וזה לשונו הא בתוס' [דף ס"ו] בד"ה לא יבעול. כתבו הטעם שצריכה בדיקה לפני תשמיש. דחיישי' למקרה תימוד התשמיש. ואם כן היאך מועיל לה בשפופרת וכו'. ונראה דתוס' לא כתבו כן רק בעסוקה בטהרות. דבעילה כל דהו החמירו ביה. ואז אמרינן מגו דבעי בדיקה לטהרות בעיא נמי

בדיקה

בדיקה לבעלה [וכן מבואר בש"ס נדה י"א ע"ב] אבל לענין חשש ווסת נראה דלא חיישינן כלל. ויותר מזה מבואר בחידושי הרמב"ן נדה [דף ס"ו] ובחידושי ר"ן שם גבי דימת עירך. דאפילו קובעת כן ג' פעמים אין בזה משום חשש ווסת כלל. וזה לשונו דאינה דבר של קביעות כקפילה וביוצא בו. אלא אקראי בעלמא הוא. ולפי"ז בעל כרחו צריך לומר דהא דאסרו במחמת תשמיש לאו משום חימוד הוא אלא משום דישת אבר הוא. ומשום הכי סמכו נמי על בדיקת שפופרת וכתירוצו של הבית יוסף דלהחמיר לא אמרינן אין כל האצבעות שוות. או כמו שכתב הגאון מוהר"ח ז"ל בנודע ביהודה [סי' מ"ה] עיין שם:

ב **ועתה** נשימה עין העיון בבנין דיק אשר עשה גם שפך סוללה לתרץ קושיות הללו, הרס בחכמה נפלאה עסק בבנין זה ועשה תחתיים שניים ושלישים בשמות מחולקים. והנה בעיקר הענין ויסוד הדבר כיון הגאון המחבר לדברי הגאון מוהר"ח בנודע ביהודה [סי' מ"ד] ובעל נוב"י קלסהו לחכמה נפלאה. והגאון המחבר בעל חוות דעת העמיק והרחיב יותר בזה. ועשה בזה כמה גבולין וסייגים כאשר נבאר בקצרה. והגאון מוהר"ח כיילם בסוג אחד, ולאשר שהדבר הבנוי על קוטב אמרי יושר אהובים מכל. נברר לפי ענ"ד בכור הבחינה את הנראה יותר על פי אמרי נועם ונופת צופים מרבותינו הראשונים. ומתחלה נפרש ונוסיף קצת ביאור בדבריהם כאשר יבין המעיין שהוא מן ההכרחי לפרש כן לדבריהם:

הנה בחוות דעת מבאר דברואה מחמת תשמיש אתיא משום שני סוגים. האחד משום ממלאה ונופלת והוא כעין חולי. ואית בו ספק שהוא במקור או מן הצדדין. והשני משום ווסת מחמת חימוד או מקרה תשמיש. ולכל אחד מן הסוגים אית ביה צד קולא וחומרא והוא דגבי ממלאה ונופלת אית ביה ספק צדדים. וגבי ווסת אין בו ספק כלל והוא ודאי מהמקור. ועוד דכל שהוא משום ממלאה ונופלת נעקר בפעם א'. דבין שנמלא על ידי השפופרת. ובין שלא נמלא כלל על השפופרת אמרינן שחולי זה הוא מהצדדים. אבל כל שהוא משום ווסת אפילו בכמה וכמה פעמים. לא נעקר הווסת על ידי בדיקת שפופרת. דקילא מכל אצבעות ומכל הכחות. ולהיפוך יש גם כן צד חומר בממלאה ונופלת. דלא שייך ביה להתירה לאחרים כל שראתה ג' פעמים מחמת תשמיש אלא הראשון. משום דאין כל האצבעות שוות. משום דכל שהיא ממלאה ונופלת והוא במקור. אזי על ידי כל דבר קל שמכניסה למקור מתחייב לזוב ממקור דמיה. אכן כשחולי זה הוא מן הצדדים. שפיר נוכל לומר שאין כל האצבעות שוות. אבל כל שהוא משום ווסת. הגם דבוודאי שהוא מהמקור. אבל בוודאי הוא שאין כל האצבעות שוות לענין זה. ומשום האי טעמא אחר שראתה ג' פעמים מחמת תשמיש. אסורה לו משום ס"ס. ספק שראתה משום ווסת. ואת"ל מחמת ממלאה ונופלת אימור מן המקור ולשני מותרת משום ס"ס. חדא דלמא ממלאה ונופלת מן הצדדים. ואת"ל מהמקור אימור מחמת ווסת הוא ונגד השני ליכא משום ווסת דאין כל האצבעות שוות. ומש"ה מותרת לשני בלא בדיקת שפופרת. הע"ג דכל היכא דאיכא לברורי לא סמכינן על ס"ס. זהו היכא דאיכא לברורי שני הספיקות. כמ"ש שם [בקושי' ה']. אבל לפי הנ"ל ניחא. דע"י בדיקת שפופרת ליכא לברורי. רק היכא שממלאה ונופלת אז איכא לברורי אם מן הצדדים או מן המקור. אבל כשהוא מחמת ווסת עודנו לא יתברר. דהכתי שייך לומר גבי השני אין כל האצבעות שוות. [כך צריך לומר בכוונתו ליישב קושי' ה']. אבל כשהוחזקה לג' אצבעות ולג' כחות לכל א'. אזי אסורה לכולי עלמא משום ספק ספיקא להחמיר, ספק ווסת. ואם תימצי לומר מחמת חולי, שמא מן המקור, כשם שאסורה לראשון לאחר שראתה ג' פעמים. ובדיקת שפופרת מהני בין כשנמלא על הצד ובין כשלא נמלא כלום. משום דנסתלק החששא דממלאה ונופלת מן המקור. אע"ג דהכתי יש לומר שהוא משום ווסת. וכיון שנתחזקה לכל האצבעות ולכל הכחות. תו לא מהני בדיקת שפופרת כלום. מפני דקילא מכל האצבעות ומכל הכחות. מכל מקום מותרת. דבמקום עיגון מקילין גם על ידי ספק אחד. ומשום האי טעמא סבירא ליה לרש"י דלא מהני בדיקת שפופרת גבי הראשון. משום דהכתי גם לאחר הבדיקה תהי' אסורה משום ספק ווסת. ולדעת הפוסקים החולקים. מקילין בספק א' אפילו שלא במקום עיגון. וכשבדקה בשפופרת ונמלא על ראשו, הגם שבדקה אחר כך כמה וכמה פעמים ולא מלאה מכל מקום אסורה. דנהי דיצאה מחשש דממלאה ונופלת. מכל מקום אסורה משום

דחיישינן לווסת של מקרה תשמיש. וחיישינן שמא בפעם אחת הי' שוה למקרה תשמיש. והבדיקות שלאחר כך לא היו שוין למקרה תשמיש עיין שם. וצריך לומר בכוונתו דלאו מחמת ספק ווסת הוא דאסרינן לה. שהרי במקום עיגון לא אסרינן לה משום ספק א'. אלא דכיון דחזינן דנשתנית מפעם לפעם. אזי אמרינן איגלאי מילתא למפרע שהוא משום ווסת. ומשום הכי הוא דנשתנית מפני שהדבר מתחייב כן בעצמותו. וכמ"ש לעיל. אבל אם נימא שהיא ממלאה ונופלת. אזי בעל כרחו צריך לומר דנתרפאה. ואינו מן הדין להוציאה מחזקה קמייתא. אלא היכא דליכא לתלות בצד אחר. וכן צריך לומר במאי שכתב שם דגבי הראשון אם מלאה על ראשו. ואחר כך בדקה ולא מלאה דמותרת לשני הוא גם כן כמו שכתבתי. דאי לא תימא הכי קשיא להפוסקים דמתירין בבדיקת שפופרת גם לראשון. דעל כרחו צריך לומר לדעתו דגם שלא במקום עיגון מתירין על ידי ספק א'. אם כן נימא כשבדקה ומלאה על ראשו. ואחר כך בדקה ולא מלאה תהיה מותרת גם לראשון משום ספק א'. דמה שראתה היתה משום ממלאה ונופלת ועתה נתרפאה. ומהפוסקים לא משמע כן אלא צריך לומר דכוונתו משום איגלאי מילתא למפרע שהיה משום ווסת וכדכתבתי לעיל. ישים נא המעיין עין עיונו בספרו ויראה שערכנו עד כה כדי להעמיד על כוונתו הנעלמה. וכי היכי דלא לדחוקן בגילא דחיטתא:

ג **איברא** נבחינה בכור הבחינה אם עיקר יסודו בנוי ע"פ דעת רבותינו הקדמונים. ועל פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר. הלא הם הסמ"ג והר"ן בהלכות והגהות מיימון בתשוב' [בפרק ד' מאיסורי ביאה] כתבו כולם שגם לראשון מותרת בבדיקה. אלא משום דלא תתקלקל אכולי עלמא אם תמצא על ראשו. והוסיפו הר"ן והגהות מיימוני בזה וזה לשונם שאילו בדקה לראשון ומצאה טמאה אסורה לכל, שאע"פ שאין כל האצבעות שוות. כל שידוע שהדם בא מן המקור אין ראוי שתשמש ושתכניס עצמה לספק כרת וכו' עכ"ל. ולדעת המחבר מה הקשו דהכתי אין כל האצבעות שוות. הלא לדעתו אם נמצא על ראשו אזי אמרינן בוודאי שהיא ממלאה ונופלת מן המקור. וכל הממלאה ונופלת מן המקור שוב לא שייך כלל לתלות ולומר דאין כל האצבעות שוות. [ועיין לקמן אות ד' מה שכתבנו להמתיק דברי תירוצו]. ועוד דנהי דכל שהיא ממלאה ונופלת. ואזי גם בדבר קל שנוגע במקור מתחייב בעצמותו לצאת דם מן המקור. אכתי איכא משום שאין כל האצבעות שוות. מפני שאין כל האצבעות מגיעים למקור. כמו שכתב הרמב"ם להדיא [בפרק ה' מהלכות איסורי ביאה הלכה ד'] וזה לשונו ובשעת גמר ביאה האבר נכנס בפרוזדור ואינו מגיע עד ראשו שבפנים אלא שרחוק ממנו מעט לפי האצבעות, עכ"ל. ועתה נפרש דבריו במאי שכתב דלראשון אסורה משום ספק ספיקא להחמיר. ולשני מותרת משום ספק ספיקא להקל. דקשיא ממה נפשך. אלא משום דלפירושו גם לאחר בדיקת שפופרת עודנו הדבר בספק ווסת. ולדעת רש"י מחמירין בספק א' שלא במקום עיגון. ומשום הכי לא מהני בדיקת שפופרת אלא הא' והב'. ולדעת התוס' ורובא דרבוותא מקילין בספק אחד אפי' שלא במקום עיגון. על כן הוצרך לפרש לדעת רש"י דהא דמותרת לשני בלא בדיקת שפופרת משום ספק ספיקא להקל. ולדעת תוס' ושאר פוסקים צריך לומר דאסורה לראשון הוא משום ספק ספיקא להחמיר:

איברא בעיקר מילתא לא נהירא כלל האי ספק ספיקא להחמיר. שהרי אם ממלאה ונופלת מן המקור. או שהוא משום ווסת ממקרה התשמיש. הוא גם כן בוודאי מן המקור. והוא יותר גרוע משם אונס חד הוא, דאינו נידון כלל לספק ספיקא. ואין ביניהם אלא חילוקי הסבות לבד. וכי יעלה על דעת דחילוקי סבות יחלקו בין הספיקות. אבל לדינא שניהם טמאים ושניהם מן המקור. גם הספק ספיקא להקל קשה להולמן. דחדא דילמא ממלאה ונופלת מן הצדדין דהשתא צריך לומר ואם תימצי לומר דממלאה ונופלת מן המקור. ושוב נסתלק הספק הב'. וצריך לומר להיפוך. חדא דילמא מן הווסת. ואם תימצי לומר ממלאה ונופלת דילמא מן הצדדין. ויש לדון משום ספק ספיקא שאינו מתהפך. שהרי מתחלה צריכין לדון אם מן המקור או מן הצדדין. וכמו שכתב הש"ך בדיני ספק ספיקא [ס"ק ע"ו]. ומכל מקום אפשר ליישב דברי החוות דעת. דהכתי יש לדון אבל השני משום ספק ספיקא. כיון דאיפשר במציאות לתלות שהוא

שהוא מן הצדדין. יהיה משום איזה סבה שיהיה. וגם אי אפשר לתלות ולומר שאין כל האצבעות שוות דהיינו כשהוא משום ווסת. אבל אינו מן הסברה להזכיר הסבות המנגדות בהדי הדדי, רק לדון על צדדי ההיתר. ושפיר איתא לדון להתירה משום ספק ספיקא. מה שאין כן בהזכרת הסבות. אזי נדחה הספק ספיקא לגמרי וכמו שכתבתי:

איברא כל זה לפי היסודות שהניח בזה. אולם רחוק מן הדעת לומר ולחלק דהאי דאין כל האצבעות שוות לא שייכי כלל גבי ממלאה ונופלת. וגבי ווסת דמקרה תשמיש שייכי. וגם דספק מן הצדדים לא שייך רק בממלאה ונופלת ולא כשהוא משום ווסת. ולא מצינו לו חבר לא בדברי רבותינו הראשונים ולא באחרונים. הגם שהם פנות היסודות האלו ליישב דברי הב"ח. אכן המעיין בב"ח נראה בעליל להיפוך. שהרי כתב שם דסמ"ג וספר התרומות כתבו להיפוך מדבריו. שגם בדם המקור שייך לעולם לומר דאין כל האצבעות שוות. שכתב שם דדברי הסמ"ג וס' התרומות שכתבו להתירה לשני משום ספק ספיקא. ספק מן הצדדין. ואם תימצי לומר מן המקור דילמא אין כל האצבעות שוות. הם שלא כדבריו. וסבירא להו שגם בדם המקור שייך לומר כן. ואם נימא כפי יסודותיו. אדרבה הרי מלומדים המה כמובן וכמו שכתב המחבר. וכמו שכתבתי לעיל שאין מן הסברה להזכיר בפירוש את הסבות אלא המציאות לבד. דכיון דאיתא במציאות שיהיה מן הצדדים. וגם יש במציאות לתלות באצבעות. הגם שעל ידי סבות שונות יהיו בלכתן מכל מקום איכא ספק ספיקא מעליא. וכמו שכתבתי לעיל בביאור דברי המחבר לפום יסודותיהן. ובזה מדוקדק מה שכתבו סה"ת וסמ"ג שמא אין כל האצבעות שוות. ולפי דברי המחבר שפירש גם הסבות בכל צדדי הספיקות. הרי בעל כרחו צריך לומר באותו צד השני שהוא מווסת ומקרה התשמיש. דאזי בוודאי שאין כל האצבעות שוות. דאי לא תימא הכי תו ליכא ספק ספיקא כלל. שהרי גם להחמיר איכא ספק ספיקא להיפוך:

ולבד מזה יש לתמוה ולהפליא על כללות דבריו. שהרי בעל כרחו צריך לומר לדבריו ששני הסוגים שוין. דהיינו באם ממלאה ונופלת או במקרה תשמיש. שהרי כתב שם דלאחר שנתחזקה לשלשה בג' אצבעות וג' כחות. דאם בדקה בשפופרת ונמצא על ראשו. הגם שבדקה את עצמה אח"כ כמה פעמים בשפופרת ולא מצאה כלום אסורה משום דאמרינן מחמת ווסת הוא. ובראשונה היה שוה למקרה התשמיש. ולא כן בבדיקות שאחר כך, דרוב פעמים אינן שוות. וגם כתב שם שגם לאחר שבדקה בשפופרת ולא מצאה. דמכל מקום נשאר ספק זה דשמא הוא מחמת ווסת. רק מכל מקום מותרת משום דבספיקא אזלינן לקולא דוסתות דרבנן. ועוד כתב שם שגם לפום מוסדותיו ניחא מה שכתבו כל הראשונים. שאם בדקה בשפופרת לאחר שראתה ג' פעמים אצל הראשון ומצאה על ראשו. דאסורה לכולי עלמא משום דממלאה ונופלת. ולהכי מצאה על ראשו בסבה כל דהו. והוא תמוה לפי ענ"ד אמאי לא אמרינן דמחמת ווסת הוא. והשפופרת היה שוה למקרה תשמיש דראשון. ואכתי תהיה מותרת לשני. שהרי לא הוחזקה לכל אצבעות ולכל הכחות. שהרי במקום עיגון לכולי עלמא מותרת בספק אחד. והרי הרב אמר כן להחמיר. מכל שכן להקל בדרבנן במקום עיגון. לכן מחוורתא דמילתא כמו שיסדו לנו רבותינו הראשונים, וצריך לומר לדבריהם דמסתמא השפופרת קלה בעצמותה מכל התשמישין ומכל האצבעות. ולהכי כשנמצא על ראשו אסורה לכולי עלמא אע"ג שעודנה לא הוחזקה לכל האצבעות. ובאם לא מצאה כלל מותרת משום דתלינן דנתרפאית. היינו כמו שכתבתי לעיל [באות א'] דלא תלינן שנתרפאית רק כל זמן דאיכא לספק לצדדים. אבל כשכבר נמצא על ראשו דידוע שהוא ממקור שוב לא תלינן ברפואה:

ד **ובעיקרא** דמילתא יותר מחוור לפרש בסוגיא זו כדברי הגאון החסיד מוהר"ח ז"ל בנודע ביהודה [סימן מ"ה]. רק שמן הסברה להוסיף קצת בביאור דבריו, ולאחוז דברי הב"ח במקצתן, והוא דגבי דם המקור לא שייך כלל לתלות משום שינוי האצבעות או משום שינוי כחות. לפי שגם האבר אינו דש במקור בתנועות וכחות רק בנגיעה בעצמה. כמו שכתב הרמב"ם [בסוף פרק ד' וריש פרק ה' מהלכות איסורי ביאה]:

איברא כל זה כשבדקה בשפופרת והכניסתו עד מקום שתוכל. וא"כ ידעינן מילתא שכבר נגע השפופרת במקור ואפי' הכי לא נמצא דם על ראשו. לכך מותרת, בין כשנמצא מן צדדי השפופרת ובין כשלא נמצא כלום. דאזי אמרינן בידוע שהוא מן הצדדין משום דגבי הצדדין יש לתלות בשינוי האצבעות ובכחות כמ"ש שם. אבל לגבי אצבעות ממש, שפיר יש לתלות באצבע וכחות משום דאין כל האצבעות מגיעים עד המקור כמו שכתב הרמב"ם שם. ומשום הכי אסורה לראשון לאחר שראתה ג' פעמים ומותרת לשני. וגם לאחר שהוחזקה באצבעות הדר תלינן בכחות. דאולי ע"י שינוי כח לא יגע במקור כל כך כמו הראשון והשני. אבל לקיים דברי הב"ח בכללו. הוא בלתי מתקיים. דא"כ אמאי אסורה לראשון ומותרת לשני. ברם לפי מה שכתבתי ניחא בזה ליישב קושי' הבית יוסף שהקשה גם על בדיקת שפופרת. דאכתי נימא דאין כל האצבעות וכחות שוות. דהא כיון דנתברר שנגע השפופרת במקור ולא נמצא על ראשו. אזי בידוע שמן הצדדים. כל זה הארכנו לפרש ולפרק הקושיות ותמיהות בסוגיא זו:

ובעיקר הדבר נראה בלא נדנוד ספק שיש לסמוך על בדיקה שחידש בעל אמונת שמואל, וכמו שכתבתי לעיל [בסימן י"ח אות א'] ובפרט באשה שיש לה ווסת. ואפי' ווסת גרוע. כגון דמצינו בשו"ע [סי' קפ"ו סעיף ג'], וכמ"ש לעיל. דהיכא בלאו הכי קצת סניף מדברי המרדכי מובא בש"ך [ס"ק כ'] דמתיר לגמרי בלא בדיקה. ומן הנכון, אם הוא באפשרי לשאול ולישא וליתן בזה עם הגאב"ד דק"ק פראגא נ"י שהוא מרא דאתרא מה טוב. ואם חס ושלום בלתי אפשרי כעת, יכול לסמוך בלא מורך ונדנוד ספק על מה שכתבתי בעזרת השם:

יום ג' כסליו תרט"ז לפ"ק קוטנא.

דברי ידי"נ ואוהבו לנצח, הק' **משה יהודה ליב** בן הרבני מהור"ד **בנימן** זלה"ה.

הן במכתבי הראשון קצרתי באמרים מפני גודל הרעש של חולי המהלכת ר"ל, וכתבתי שם לסניף בעלמא משום שמעכ"ת לא ביאר כל הצורך באופני השאלה היכן נסתפק. וכתבתי דהיכא שלא שהתה אצל הראשון שגירשה זמן ארוך. דאזי יש לתלות הראיות אצל השני בדם בתולים. וכמו שכתב בבית יוסף, וכן הוא בשו"ע [סעיף י"ב]. הגם שפסקה כמה לילות מלראות בשעת התשמיש אצל הראשון והיכא שפסקה לילה א' שוב לא תלינן בבתולים, עיין נדה [דף י"א ע"ב]. מכל מקום אולי אפשר לחקור אלא דשמא מחמת גודל קטטות ומריבות שהיה ביניהם לא גמר ביאתו. ועמד מעכ"ת שהרי הסרת בתולים הוא בהכנסת העטרה כדאיתא בסנהדרין [דף ע"ג ע"ב]. ולא קשה מידי שהרי גם בסוגיא שם נקרא הכנסת העטרה גמר ביאה. שהרי למאן דאמר העראה זו נשיקה. איתא שם וממונא לא מחייב עד גמר ביאה, והכוונה על הכנסת עטרה [לכל הפירושים שם, לבד לדעת היש מפרשים בתוס' יבמות [דף נ"ט] תוך ד"ה אלא. ושם בסנהדרין ד"ה ממונא]. ועיין באבן העזר [סי' כ'] ובבית שמואל [ס"ק ב'] דהכנסת עטרה מיקרי כשהכניס כל הבשר שלמעלה וגם העטרה ולא חיישינן לצד שלמטה. וא"כ איכא גם בהכנסת אבר שיעורא טובא עד שמכניס הצד שלמעלה הבשר כולו וגם העטרה. ואין להקשות דא"כ אכתי גם למאן דאמר העראה זו הכנסת עטרה. איכא למימר דמשעה שהכניס קצת הבשר שלמעלה כבר נפגמה ואיפטר מקטלא. וקנסא לא מחייב עד שמכניס כל הבשר והעטרה. דזה אינו דהכל תלוי בביאה. וכל זמן דלא נקראת בעולה אכתי לא נפגמה כמו שמבואר להדיא ברש"י שם:

גם מה שכתב תלמידי המופלג החו"ש נ"י בהגה"ה על קושייתו דרואה מחמת תשמיש שאני. ואולי תלינן גם לאחר הכנסת עטרה. כי היכי דלא נחזיקנה ברואה ונשתנית מרוב נשים. אינו רחוק מן הדעת והסברא. ויש מקום לומר כן. שהרי אפי' בוגרת וראתה דאין לה אלא בעילת מצוה. ואפי' הכי תלינן גבי רואה מחמת תשמיש. אבל אינו מן הסברא. ולמאי שכתבתי בביאור הדברים תו לא קשה מידי:

גם מה שכתב מעכ"ת שאלה שהיה בענין גט הבא ממרחקים, לא ביאר כל הצורך, אם הוא לכתחלה כיצד יתנהגו. כדי להתירה ע"י שליחות הבי דואר. ובזה כבר כתבתי תשובה בארוכה בעזרת השי"ת [ועיין לקמן בחלק אבן העזר סי' ל"ז]. ואם אולי יש לו איזה מכירים פה יבקשם להעתיקם. כי טורח הכתיבה ועתות הפנאי כבדה עלי מאד להאציל מעתותי לזה. ואם שאלתו היכא שכבר בא גט כזה לידו. נלאיתי נשוא איסור חמור כזה עלי. ולהכריע בין רבוותא קמאי דפליגי בזה. ובפרט בדבר שאינו בגבולי, ואיננו מן הסברא שאכניס בזה:

סימן כא

בדיני נדה

בדבר אשה שאינה יכולה ליטהר לבעלה, והשאלה בפרטות יתבאר מתוך התשובה.

מכתב שאלתו קבלתי מני הדואר ביום א' פ' ראה. ולא נתנני העת להשיבו עד כה מכמה טרדות שונות, ושיעורין כסדרן. ובפרט כי הוכרחתי לחקור ולדרוש אצל רופאים מומחים תכונת הדבר המאורע הזאת כי הוא העיקר בענינים הלה. ומעלתו האריך בזה מגלה טפה כתובה מחמשה עבריהם. והוא ללא צורך כי מי לא ידע בכל אלו שכבר נשנו ונשלשו בספרי רבותינו האחרונים במקומם. ומי ימליא עוד בזה לאמר ראה זה חדש הוא. ולא ימצא אחר החיפוש בספרותיהם, כי מלאים על כל גדותיהם, ואין לנו עוד בעניינים הללו רק לישא וליתן בדבריהם הקדושים בדברים נכוחים וישרים למוצאי דעת:

א הן בעיקר הדבר. נודעתי על נכון מפי רופאים מומחים ומילדת דפה. שלא כן הדברים כאשר שמע כבודו מהמילדת דעירו. כי בשר חי לא ימצא רק על מכה. ולא על בני מעיים שיצאו ממקומם. רק עיקר הדבר הוא, מפני שע"י שיצאו בני מעיים למקום הפרוזדור נתרבב גם הא"ם. והוא המקור המוציא דם נידות (ונקרא געבירטס מוטער) לתוך בית החיצון. וממנו נתלכלה תמיד בדם ווהמת ארסי. והמילדת דפה כבר אתמהית בזה שהעלתה לכמה נשים רפואות תעלה בהחזרת הבני מעיים והמקור (הנקרא אם) למקומן ע"י טבעת שעשתה לכן. וכנים דבריה שכן מבואר בספרי האחרונים. הגם שבעל נודע ביהודה [סי' נ"ה] עמד בחולי השבירה הזאת, וחקר הרבה בזה. ולא ניחא ליה קלת בזה. מ"מ נ"ל שאח"כ עמדו על המחקר, ונתברר להם שכן הדברים שנתרבב גם האם לתוך בית החיצון. [ועיין בסדרי טהרה (סי' קפ"ח סק"ד בסופו) שמביא בשם רופא אחד סימן לידע אם נתרבב המקור אם לא. השבר של בני מעיים לחוד תמצא תמיד מן הצדדים. אבל נפילת המקור הוא באמצע בית החיצון יעו"ש]. ובנידון זה כבר כתבו הרבה האחרונים הלא המה הגאונים בעל נוב"י [סי' נ"ה] וכן בתשובת רע"א [סי' ס"ב], וכן בעל סדרי טהרה [בסי' קפ"ח] דלא סמכינן בזה על הטו"ז ותפארת ישראל בפירושם בדברי הר"ש באשה שנעקר מקור שלה. גם אם הנידון בזה כמכה שא"י אם מוציאה דם. כמ"ש בעל חו"ד [סי' קפ"ח סק"ח בחידושים], בתשו' מרן רע"א חוכך להחמיר בזה [בסי' הנ"ל תד"ה עוד יש לדון], איברא בנידון דידן שמרגשת כאב כשנוגעת בבני מעיים בבית החיצון. [אע"ג דפליגי אם כאב נידון כמכה] מ"מ בכה"ג מסתברא דנידון כמכה שא"י אם מוציאה דם, ועיין בתשו' נ"ל [סי' פ"ו], ובסדרי טהרה [דף י' ריש ע"ב]. ועכ"ז בנידון דידן לאשר שרפואה קרובה לבוא ע"י מילדת אומנת שתחזיר הבני מעיים והמקור למקומן. לכן כעת אין דעתי מסכמת להתיר. ועוד הגם שהרמ"א [סי' קפ"ז סעיף ה'] מיקל שלא בשעת ווסתה אפי' במכה שא"י אם מוציאה דם. זהו בתחילת ראייתה, אבל לאחר שהגיע ווסתה לא. כיון שכבר נתחזקה בטומאה, כמובן מעצמו. וכבר מבואר בכל האחרונים בספרותיהם, ויתר מזה התעורר בתשו' הכס לבי ובס"ט [סי' קנ"ו ס"ק י"ח] אפילו במכה שידועה שמוציאה דם. משום דבעינן ספורים לפנינו, וגזירת הכתוב דבעינן נקיים לגמרי, הגם דיש לדחות, כיון דלא הרגישה. ולתלות בטעותא דעד ומ"ר לא בכיה כאשר מבואר כ"פ בס"ט [בסימן קפ"ג ובסי' ק"נ] ובתשו' מרן רע"א בסימן הנ"ל [וכאשר כתב מעכ"ת בעלמו בתירוצו על הרשב"א] ואמרינן דוודאי לאו מן המקור הוא ודמי קלת למה דאיתא בנדה [דף ל"ה ע"ב] למ"ד שני מעיינות הם. דהוי כספורין לפנינו. איברא בבדיקת עד וכן כשמלאה בקינוח לאחר מ"ר בתוך שיעור ווסת קשה לסמוך ע"ז. בשגם אם נימא כדעת הלבוש ביורה דעה [סי' כ"ד] גבי נמצא שמוטה ונעשה בה משמוש חזק לאחר שחיטה דתולין שהשמוטה נעשה לאחר שחיטה, כמו בריאה גבי משמוש ידא דטבחא, דתלינן להקל. הגם דגבי שמוטה איכא חזקת איסור שאינה זבוחה [וע' בתב"ש שם (ס"ק נ"א) שחולק על הלבוש], מ"מ יש לחלק ביניהם כמובן. בפרט דהכא שאני דבעינן ספורין לפניו ונקיים לגמרי. איברא היכא דנמצא דם רק בקינוח, ולאחר שיעור ווסת מסתלקת מ"ר דלא מטמאה רק משום כתם. הרי מדאורייתא הוי כספורין לפנינו, [ועיין בחו"ד סי' קנ"ו סק"ג]. וגם משום כתם טהורה. כיון דתלינן במכה שמוציאה דם. אבל במכה שא"י אם מוציאה דם לא נוכל להקל בכה"ג בתוך ג' ימים ראשונים. אפילו היכא דלא אפשר להזהר שהרי הש"ך [סי' קנ"ו ס"ק י"ג] לא מיקל היכא דלא אפשר להזהר אלא במכה המוציאה דם:

ובעיקר דברי רמ"א [סי' קפ"ז סעיף ה'] כמעט כל האחרונים הסכימו להחמיר. דלא תלינן במכה שא"י אם מוציאה דם אפילו שלא בשעת ווסתה. ובתחילת ראייתה, ובהשקפה ראשונה נראה לכאורה שכדעת הרמ"א סובר ג"כ מהרש"א במס' כתובות [דף פ'] בד"ה האומר. וכן נראה מדעת הבית שמואל [סימן ס"ח ס"ק ג'] לדעת הפוסקים היכא דנמצא דם אינו נאמן בטענת פתח פתוח. דהא נותנין לבתולה ארבע לילות, ותירץ ג"כ עפ"י דברי מהרש"א. [וראיתי בנוב"י מהד"ק (סי' מ"ב) דהשואל שם הביא ראי' לדברי רמ"א האלו מבוגרת, ומסתמא דעתו עפ"י דברי מהרש"א. דלכאורה דבריו מוכרחים לדעת ר"ח, ועיי"ש בנוב"י שדחה ראייתו. וכן בס"ט (סי' קפ"ז ס"ק י"ד) דחה ראי' זאת יעו"ש, וצ"ל דכוונתם דמ"מ שאני התם דהוי בגדר איקבע. לענין זה שהרי איכא בעלמא בוגרות ובתולות שנבעלו שיש להם דם, אבל במכה שא"י אם מוציאה דם דהוי בגדר ספיקא בעלמא דלא איקבע מכה כזו בדם. לכן לא תלינן]. ועיין בפני יהושע שם שתירץ על קושי' מהרש"א. משום דהוי כקורבה דמוכח, ועדיפא מיני' עוד. ועודנה קשה דהתינח אם נמצא מיד לאחר ביאה אזי י"ל דדמי להא דמבואר ב"ב [דף כ"ד ע"א] גבי עינבי דאישתכח בפרדיסא דערלה דאסורים שקרוב הדבר שגנבו מן הכרם הזה וטמנו בתוכו. וכתב הרמב"ן שם ד"ה אבל ענבי מלנעי, פי' עבידי ודאי דמלנעי ואפי' לר' חנינא [דרוב וקרוב הלך אחר רוב] אסור. דכי הא לאו קרוב בלחוד הוא אלא במקומו ממש הוא. וחזקה. כאן נמצא וכאן היה עכ"ל הרמב"ן. [ועיין בש"ע יורה דעה סי' רנ"ד סעיף י"א ובט"ז שם ס"ק י"ז] ולהכי תולה בדם בתולים משום קורבא דמקומו ממש עדיפא מרובא, אבל היכא דלא נמצא עד למחר, ואפ"ה משמע דגם בזה תלינן. ובזה לא שייך סברת רמב"ן כמובן. איברא לפע"ד דברי מהרש"א תמוהין בעיקר קושיתו. דלו יהיה דיוסר שכיח ומצוי בבוגרות שיש להם דם בתולים, ומשו"ה תלינן בדם בתולים, דתולין במצוי. ואפ"ה ניחא דאין לו טענת בתולים להפסיד כתובתה; משום דאיכא רובא דרוב נשים בתולות נשאות. וחזקת הגוף שלא זינתה ופתחה סתום כבתחלה. וגם ברי ושמא שהיא טוענת בברי שלא זינתה, והבעל בא בטענת שמא. שכל עולם טענתו מפני שלא נמצא דם. והרי איכא מיעוטא דבוגרת שכלו דמם. לכן גם אם נימא דרובא יש להם דם בתולים. מכל מקום נוקי רובא לגבי רובא. ואיכא בהדה חזקת הגוף וברי ושמא דמהני לדידן דפסקינן כרבן גמליאל, [וה"ה דמותרת משה"ע לדעת רבינו יונה וסייעתו]. ועיין ר"ן סוגיא דפתח פתוח שמפרש כן במסקנא דשמעתתא בטעמא דפ"פ נאמן משום חזקה דאין אדם טורח בסעודה. ודווקא לגבי עיקר כתובה משום דהם אמרו והם אמרו אע"ג דבברי וברי לא מהני חזקת הגוף. משום דאיכא לגבה רובא וחזקה יעו"ש, [והכא לא שייך חזקה דאין אדם טורח בסעודה דהוא עלמו א"י אם נבעלה]. הגם דלס"ד דש"ס שם דלא קים לי'. אפ"ה מפסידה כתובתה כדאיתא שם אי למיתב לה כתובה ניתיב לה. מ"מ בע"כ צ"ל דלמסקנא נאדו מזה. שהרי אפי' בברי אינו נאמן אלא משום חזקה. ובכ"ז הוא רק משום דהם אמרו והם אמרו. גם י"ל דלס"ד קאי אליבא דר' יהושע אע"ג שגם ר' יהושע מודה ברובא וחזקה. מ"מ אין מן הסברה לומר כן, ועדיפא מיני' הקשה הש"ס דניתיב לה. ודברי רבינו מהרש"א תמוהין ולע"ג. ונפלאתי על האחרונים שלא הרגישו בזה. אכן לתרץ קושי' הב"ש (נ"ל) [א"א לומר כנ"ל] דלאו משום רובא הוא דתלינן בד' לילות, שהרי התם הבעל טוען ברי דפתח פתוח מצא. רק דאנן אתינן עליו משום דם הנמצא להכחיש טענתו. וכיון דרוב נשים יש להם דם בתולים עד ד' לילות

הו לא מסכים בטענתו. אלא צ"ל משום דמלוי ושכיח לבד. ומש"ה תלינן לטהרה לבעלה. ואיברא עודנו יוכל לומר דגם בד' ליליות איכא רובא. מ"מ חזינן דגם היכא דלא נתברר ע"י דם לא האמינוהו חכמים מדינא רק משום דכתובה דרבנן עשאוהו לחזקה דידי' כחזקה גמורה. וכיון דהשתא שנתברר ע"י דם הנמצא לו יהי' רק כמיעוטא בעלמא מ"מ סמוך מיעוטא בהדי חזקה דידה והוי כתרי רובי. כעין דאמרינן בריש פרק האשה בתרא ביבמות. א"ו משום דמיעוטא מגרע לחזקה דידיה:

ב **מ"ש** כבודו ע"ד שדרכה להרגיש תמיד דבר לא מבחוץ. ובקינוח ראתה דם. וכתב מעכ"ת דמפני שלא הרגישה דינו ככתם. ותלינן אפי' במכה שאי"י אם מוציאה דם, קשה מאד לסמוך ע"ז, חדא שמסתמא דרכה להמצא ג"כ אחר הטלת מ"ר כשיעור ווסת דאזי טמאה מדאורייתא, [כמ"ש החו"ד ריש סי' קפ"ג וק"ל וכאשר הוכיחו האחרונים במישור מדברי רבותינו הראשונים], ונגד דבר דאורייתא לא תלינן במכה שאי"י אם מוציאה דם. נ"פי' שלא בשעת ווסתה כפי הסכמת אחרונים וכמש"ל. ועוד כיון דעפ"י רוב כשילאו בני מעיים לתוך בית החיצון אזי גם המקור נשתרבב שם. ותלינן במלוי שמן המקור עצמה הוא דנתגלגלו כותלי בית החיצון. ועוד דהכא לא שייך לומר שהיא בחזקת שלא תראה לעולם. דזהו היכא שהמקור במקומו, לכן אע"ג דאיכא למימר שדרך המקור שיתגלגל במקומו וקרוב לו אפי' שלא בשעת ווסתה. מ"מ כל כמה דלא ירדו מבין השינים הוי טומאה בלועה, וטהורה היא לבעלה ולכ"ד כמבואר בש"ס נדה [דף מ"א ע"ב] אבל הכא שהמקור הוא בבית החיצון כשיתגלגל מעט במקומו וקרוב למקומו הרי היא טמאה לכ"ד. ועוד דגם אם נימא שאין דרך המקור שיתגלגל במקומו, שאני נשים אלו, שילאו בני מעיים וגם המקור לחוץ. ודמי להא דאיתא בבכורות [דף מ"ב ע"ב] אפי' תימא רבנן הואיל ואשתני אשתני יעו"ש. וכל עיקר היתרו של מעכ"ת מיוסד עפ"י אשר שמע מהמילדת דעירו, וכבר כתבתי מפי הרופאים והמילדת דפה דהיפוך הוא. ועיין בתשו' מהר"ם [סי' ק"א], ובתשו' מעיל לדקה, ובתשו' פנים מאירות [סי' קמ"ו] דאין לסמוך על הרופאים להקל. רק לגבי ווסת דרבנן. וגם דדינו רק כווסת שאינו קבוע דדינו כווסת שע"י מעשה דנעקר בפעם א'. הוא דפליגי הפוסקים בזה, עיין בש"ע [סי' קפ"ז סעיף ח']:

ומה שהגיד לו רופא מומחה שאפשר הוא שבא הדם מחולי הטחורים (הנקרא גילדנע אדער), כבר עמד בזה מרן הגאון מוהרע"א זצוקללה"ה [סי' ס"א] על המחקר אלו רופאים מומחים. דלו יהי' כן מ"מ הוא דם נדות ממש, כאשר הגיד לו הפראפעסער שאין לזה גיד מיוחד אלא דבא דרך גידי המקור, וכ"כ בתשו' חכם צבי שגם דם שלא נתבשל כל צרכו מ"מ הוא דם נדה. ודלא כתשו' מהר"ם [סי' ק"א] והסכימו כל האחרונים לדברי חכם צבי ומי יקל ראש כנגדם:

ג **ובעיקר** הדברים שהאריך מעכ"ת הגם שאינו מן ההכרח להשיב ע"ד, שהן רק לפילפולא בעובדא דידן ובפרט שבטו"ה רחוק שימלא בזה"ז מודה על האמת רק רובם מתעלמים ומתעקשים להעמיד הדברים על דעתן שכל אחד ניחא ליה בקב שלו יותר וכו'. אך לאשר ביקש ממני להשיב גם על הדברים אשר חידש, אמלא שאלתו בפעם הזאת. בשגם דאיכא נפקותא לדינא במקום אחר:

הן ילא להשוות דברי רשב"א עם בעה"מ. הן לפירושם של המפרשים וכן לדעת חכם צבי בפירוש דברי רשב"א בת"ה. והוא דלא איירי בהרגשה לחודיה. רק בהרגשה בטעותא. ואיירי בדידעינן שדרכה של מכה כזו להוציא דם. ורצה לומר דבזה ניחא אפי' לדעת מפרשי הטור. אבל ז"א דמבואר באחרונים שכל דידעינן כן הוי כאילו ידעינן על מכה זו עצמה שדרכה להוציא דם. איברא לדעת חכם צבי יש מקום לדבריו ויפה כיון לכאורה. אך עדיין יש לפקפק. שהרי מ"מ קשה דא"כ לעולם לא תטמא. שהרי אשה שיש לה ווסת צריכה לבדוק מדינא בשעת ווסתה. וסתם בדיקה הוא בחורין וסדקין. והכתי אם תעשה כדין הרי לא תטמא. שהרי אז תהיה הרגשה בטעותא [ועיין נדה נ"ט ע"א בתוס' ד"ה והיולדת וז"ל וי"ל כיון דיש לה ווסת כיון דאורח בזמנו בא צריכה בדיקה בשעת ווסתה]. ואע"ג דאם לא תבדוק ותרגיש תטמא מ"מ אם תעשה כהוגנה לא תטמא. וא"ל דהכתי תטמא אם תרגיש ולא תתלה בהרגשת עד. דז"א שכבר מבואר הדבר בתשו' הגאון מוהרע"א זצוק"ל [בסי' ס"ב] והוכיח במישור דהניחה שוין. הן אם תרגיש ויש לתלות בעד. וכן אם לא תרגיש ואמרינן משום דטעתה בהרגשת העד:

גם מ"ש כ"ת דחזקת מסולקת הוי כחזקת הגוף ועדיף מחזקת ט' שהוא רק עפ"י הדין. ובזה רצה להחזיק דעת הגאון מוהר"א זצ"ל מובא בנוב"י מהד"ק. ולכאורה מסתברא לומר כן. אולם לקושטא לא נהירא. שהרי כל ימי זיבה היא בחזקת טהרה לגמרי [משנה נדה ל"ח ע"ב] ועדיף משלא בשעת ווסתה. שהרי אשה קובעת ווסת בתוך ימי זיבתה [בש"ס שם ל"ט ע"א ובטור שם]. גם אשה שיש לה ווסת קבוע חוששת לווסת שאינו קבוע [שם בש"ס ובטור וש"ע שם סעיף י"ד] ובימי זיבתה אפי' קבעה בג' פעמים אינה חוששת לדעת רוב הפוסקים. כמבואר בב"י [סי' קפ"ט] דפסקינן כרב הונא בריה דר"י נדה [דף ל"ט ע"ב] וגם בימי זיבתה א"צ בדיקה אפי' לטהרות [שם בש"ס באוקימתא דר' יהודה ורש"י בד"ה לומר] ושלא בשעת ווסתה צריכה בדיקה לטהרות [לכ"ע ללישנא בתרא ד"ה] [שם דף י"א] ואפ"ה תנינן להדיא במתני' [ס"ה ע"א] בדקה עצמה ביום ז' שחרית ומצאה טמאה וביה"ש לא הפרישה ולאח"ז בדקה ומצאה טהורה הרי זו בחזקת טמאה. ושם בגמרא דאם בדקה אח"כ ומצאה טמאה הרי היא זבה וודאי לרב דפסקינן כוותיה. וכן ללוי מ"מ הוי ספק זבה. ולא מוקמינן על חזקת הגוף. וא"ל שאני התם משום דלא הפרישה ביה"ש חדא דמ"מ ליכא אלא חזקה דדינא. והרי חזקת הגוף עדיף. ועוד שכל עיקרו דצריכה הפרשה [קודם] ביה"ש משום דשמא הוא לילה. והרי בלילה כבר איכא חזקת טהרה שכל י"א יום הרי היא בחזקת טהרה וכבר כתבתי בזה בזית רענן חלק הראשון [דף מ' ע"ד מאות ד' ע"ד סוף הסימן. ובסימן ה'] יעו"ש. א"ו דבאשה ליכא חזקת הגוף רק כדברי תוס' ריש גיטין שאינה בחזקת שתראה כל שעה. ועוד דאם נימא דיש לה חזה"ג היכי ילפינן מנדה דעד א' נאמן באיסורין:

ומ"ש בשם ספר מים עמוקים. לא מצאתי שידבר כלל מענין זה. רק בתשו' [סי' כ"א] והוא מילתא אחריתא. וגם בזה יותר הדבר מבואר בריטב"א קידושין [דף ע"ט] דהא דלא אזלינן בתר חזקת טהרות. משום דלעולם אזלינן בתר המסבב והמסלק. ומש"ה גבי מקוה וכן בסכין היכא דשניהם שוין אזלינן בתר המסבב והמסלק שהרי הסכין מסלק לחזקת איסור. והאדם שנטמא מסלק לטהרות מחזקת טהרה. וכבר כתבתי באריכות בזי"ר ח"ר [דף מ"ז מסי' י' ולהלן] יעו"ש. ועוד דאי תימא דטעמא דמילתא משום דחזקה דמקוה נידון כחז"ה ועדיף מחז"ט שהוא רק עפ"י דין. שהרי מלינן להדיא בש"ע יורה דעה [סי' ר"א סעיף ס"ה] היכא דהוחזקה להיות פעמים עולין ופעמים מתמעטים. כ"ז דלא הוחזקה להתחסר על פחות מן מ' סאה דא"ל לחזור ולטבול. ומשמע אפי' אחר טבילות כגון טבילת גרים ועבדים דאיכא ג"כ חז"ה כנגדם אפ"ה אזלינן בתר חזקת המקוה משום שהוא המסבב והמסלק לחזקה דמעיקרא. ויש עוד לפלפל בזה טובא. ואין הפנאי מסכים אתי:

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה.

סימן כב

בדיני נדרים

קבלתי שאלתו שאלת חכם בדבר הסכמות הקהל [ברפיון הממשלה יר"ה] מקדמת דנא. וידו הדה בעניים הנוגעים לזה. בפלפולים שונים לארכו ולרחבו בהשכל ובחכמה בפלפול ובסברא ישרה:

א **בעיקר** שאלתו. נראה לפענ"ד לפסוק בזה כמבואר ברשב"א סי' תרל"ו בכגון זה. ומובא בב"י [סי' רכ"ח ובש"ך שם ס"ק פ"ג]. ולאחר שקול הדעת הדק היטב. היא העלה היותר נכונה והישרה בזה בעלת הצדדים. שבאם נחזק הדבר יש בזה כמה עיקולי ופשורי בעתים הללו. שפרוץ מרובה על העומדים בפרץ. ואין בידינו לחזק ולהעמיד הדת על תלו. ויסתעפו מזה כמה וכמה מחלוקת ומסי'. ומה שכתב מעכ"ת שבאם יהיו אנוסים אזי יהיו

פטורים

פטורים מדינא. הלא כבר עמדו חז"ל בכגון זה. ותקנו ועמדו בפרץ לבל יבואו לכלל זה. ותיקנו שאין אונס בגיטין משום צנועות ומשום פרוצות זימנין דלא אניס וכו'. וכן להיפוך. [עיין ר"ש כתובות ובש"ע אה"ע סי' קמ"ד סעיף א']. ומטעם זה הקילו באיסור א"א החמורה. לכן נסורה מדרך הזה והס מלהזכיר בעתים הללו שמן מנהו. ומעתה בנ"ד שגם המתקנים מתחלה לא היה כחם אלא משום גזירה ועונש. לכן כשיתבטלו עתה הגזירה ועונש. שוב אינם צריכים להתנהג עמו בכל החומרות האלו. הגם דעיקר הדבר יחול על ראש העובר. אבל אין אחרים צריכים להתנהג עמו כדין העובר על וכו', כמבואר בתשו' רשב"א שם [סי' תרנ"ז] ובתשו' ר"ן [סי' ס"ה] וכן פסק בש"ע סי' רכ"ח סעיף ל"ב בהגה"ה. [ומשמע בתשו' רשב"א שם שכן הוא מצד עיקר הדין. דלמדין הלכה ממנהגא. כמבואר בפסחים [דף ס"ו] הנח להם לישראל אע"פ שאינם נביאים וכו' עיי"ש. ולא משום דמסתמא אדעתא דמנהגא תיקנו. ועיין בש"ך ס"ק ל']. גם יש לפקפק בעיקר הדברים. דכיון שלא נמצא בפנקס הקהל. ולא נשמע בקהלתו שכבר קיימו והתנהגו כן עם הפורץ על דבריהן. ויש לומר כתובין היו אדעתא שיכריזו בפומבי ונמלכו עליהם ונשתקע הדבר מכל וכל. מכל הלין טעמי נראה להתמצע הדבר, כמו שכתבתי, ובזה נצא חובותינו ידי שמים ונגד כל הפוסקים:

ב **ועתה** נשא כפינו למלאות שאלתו. ולבאר בדברים המסתעפים לדינא בעניינים האלו, מתחלה נבאר בפלוגתא דמהרשד"ם ופר"ח או"ח סי' תל"ו בדיני מנהגי איסור בסעיף השמיני. בדבר שנהגו משום סייג וגדר. אם מהני שאלה לגבי זרעם. והפר"ח מביא ראיה מירושלמי בפ' מקום שנהגו. דמהני שאלה לגבי זרעם. ולפענ"ד נראה עיקר כדעת מהרשד"ם. וכן מבואר בתשו' חות יאיר [סי' קכ"ו] וכן הסברא פשוטה. דמאן יימר שאביהם יתחרטו ע"י פתח זה. וכמ"ש הפוסקים בנודר ע"ד רבים. וראייתו מירושלמי נראה דהכי פירושא. דהנה מצד סברא פשוטה נראה. דהאי דאל תטוש תורת אמך, לא שייך אלא בדבר הרוה ורגיל ומצוי. כמו בעובדא דבני בישן וכדומה. אבל בדבר הנופל לעתים רחוקים ואפשר שלא מפני שקבלו למנהגא חדלו מזה. ומה שנמנעו אבותיהם לא מפני מנהגא. רק שלא הוקרה לפניהם ולא נצרכו לזה. הגם שידעינן שקבלו עליהם ועל זרעם בשבועה. שוב לא שייך בזה כלל משום שמע בני מוסר אביך ואל תטוש וגו'. כיון שבשבועת אבות לא חייל על דורות הבאים ועל זרעם אחריהם כמו שמבואר בתשו' הרא"ש [כלל ה' סי' ד']. רק משום גזירה ועונש. וכיון שכן, יכולין בני העיר והב"ד לבטל הגזירה והעונש גם מן הבאים אחריהם. דבשלמא בדבר המצוי והרגיל תמיד. הגם שקבלו אבותיהם עליהם ועל זרעם בשבועה. מכל מקום אי אפשר להתיר לזרעם אפי' בפתח וחרטה, דדל שבועה מהכא, הלא כבר נתחייבו בניהם משום שמע בני וגו'. כיון שכבר נהגו אבותיהם, ופתח וחרטה דידהו לא מהני שהם לא נדרו ולא התחילו במנהג זה. רק שע"י אביהם נתחייבו גם הדורות הבאים. משא"כ בדבר הנופל לעתים רחוקים. דלית ביה משום מנהגא רק משום שבועה. ואם מהני שאלה לאביהם שנשבעו בפירוש על זה, אע"ג דאית ביה משום גדר וסייג. ומכש"כ לגבי זרעם דלית בהן משום נדנוד איסור שבועה רק משום גזירה ועונש שיכולין לגזור ולהעניש גם הדורות הבאים אחריהן. וגזירה עבידא דבטלה. ויכולין הב"ד לבטל הגזירה כמו בכל הסכמות ושבועות דלצבור. [ודברי הרא"ש מוסכמים ואין חולק עליהם ומה שכתוב ברמב"ן מובא בפר"ח שם (סעיף ז') שדורות אחריהם מחוייבים להתנהג כאשר הסכימו אבותיהם. לא נזכר בדבריו שהוא מצד איסור שבועה ומה שהביא מקבלת התורה הוא שהבנים מחוייבים להתנהג בתורת אביהם. וכדעת בעל העקדה שם שלא מפני קבלת השבועה נתחייבו דורות אחריהם. ושהוא רק כדבר המתלכד ולא יתפרד עדי עד. ולדעת השל"ה היו אז כל הנשמות עם לבושי הגופים בציור דק הרוחני, ואין לנו עסק בנסתרות]. והכי שייטי דברי הירושלמי הנ"ל. בני בישן קבלו עליהם שלא לפרוש בים הגדול וכו'. פירוש דקס"ד בשבועה ובאיסור, אתון שאלין לרבי וכו'. אמר להם מכיון שנהגו אבותיכם באיסור. אל תשנו מנהג אבותיכם. כסבור שהוא באיסור שבועה, הדרי ושאלו ואין אדם נשאל על שבועתו. תמן מי שנדר נשאל. ברם הכא אבותיכם נדרו ולא מהני פתח וחרטה דידהו לגבי אביהם, וחזרו ושאלו, דכל שכן יהיו מותרים. שהרי מצד מנהגא לא שייך בזה. בדבר שאינו נופל אלא לעתים רחוקים. רק משום שבועה. וכיון שהם לא נשבעו וכמש"כ מכ"ש שיכול לבטלו. ולבסוף מסיק דלאו משום שבועה והסכמה היה, רק מפני שנהגו כר"י דאוסר מדינא. וכל שנהגו כן לפסוק כמותו בכל מילי וגם רבי היה תלמידו אין ביכולתו לבטל. וכמו שהאריך הפר"ח בזה [בסעיף ח' בסופו]:

גם מה שהביא ראיה לדבריו מדברי מהרי"ק [סי' קמ"ד] שכתב דלא מהני שאלה בדבר שהוא משום סייג וגדר. לא באביהם ולא בזרעם. ומזה דייק כיון דאנן פסקינן בש"ע יו"ד [סי' רי"ד סעיף א'] כדעת הרא"ש דמהני שאלה באביהם. דה"ה לזרעם, המעיין שם יראה דהתם מילתא אחריתא הוא. שעל עיקר הדבר לא שייך ביה פתח חרטה כמו בנדרים ושבועות. רק דעיקר מילתא, משום שהרמב"ם קורא תגר על מנהג זה שנהגו שלא תטבול תוך מ' לזכר ופ' לנקבה. וכיון שהם נהגו לפסוק כתניא שהסכים שיש בזה משום גדר וסייג וכמ"ש בתשו' מהרי"ק שם. שוב א"א להתיר להם. שהרי לא היה לפניהם ענין לתלות בהם דבר פתח חרטה. ובחרטה לחוד לית מאן דפליג, דלא מהני לגבי בניהם:

ג **ונראה** דאפי' לדעת הפר"ח דמהני פתח וחרטה בבניהם. זהו דוקא במילתא דשייכי בגווה כגון בגוונא דאיירי ביה שגם המה נלכדו באיסור זה. אבל במילתא דלא שייכי בהו. כגון הקדש ותרומה וחלה שהפרישו אביהן. לית מאן דפליג דלא מהני פתח חרטה דילהון לגבי הקדש ותרומה וחלה שהפרישו אביהן שהרי לא תנינן אלא שהיורש סומך וממיר. ובמנחות [דף נ"ב ונ"ג] גם בזה פליגי ר"י ורבנן שם. מכללו נשמע דלשאר דברים הרי היורשים כיד אחרים דמי:

ד **ומה** שנתעורר כ"ת יד"נ להקשות מנדרים [דף נ"ט ע"א] דמהדרינן לאשכוחי בתרומה גוונא דליתא בשאלה ולא אשכחינן כדי לתרוצי המשנה דקתני דתרומה בטילה. ואמאי לא מתרצינן דאיירי כשהפרישה אביו תרומה ומת ואח"כ נתערבה, דתו ליתא בשאלה. ומזה רצה לדייק כדעת הפר"ח דאפי' בכה"ג מהני פתח וחרטה דיורשין, יפה העיר. מכל מקום מזה לא נוכל לדייק מה שהוא נגד הסברא וסתמא דתלמודא ופוסקים, ומקדם נפרש דברי הש"ס וממילא יתורץ קושייתו. ועיין בט"ז יו"ד [סי' שכ"ג ס"ק ב'] שהקשה על תירוצא דש"ס מפני דתרומה אין מצוה בשאלה. דמה בכך הרי בכל דבר שיש לו מתירין כל כמה דלית ליה פסידא נידון כיש לו מתירין ועיי"ש מה שתירץ:

אמנם תירוצו תמוה. שכתב מפני שאין המתיר עתיד להיות בודאי. דאולי לא ימצא פתח וחרטה. רק הפתח שיש לו מפני שנתערב פתח כזה לא מהני מידי כיון שאין הפתח מעצמות דבר הנדור. ותחלת הדברים נכונים היטב. אולם מה שסיים דפתח לא מהני אלא מעצמותו, מוקשה. דאנן פסקינן דגם פתח מדבר הנולד מהני היכא שמצא מעצמו פתח כזה [עיין סי' רכ"ח סעיף י"ג בהגה"ה]. דאנן הוא דלא פתחינן ליה בנולד. אבל אם נתחרט בעצמו ע"י נולד מהני ורובם דנולדים אינן מעצמותו אלא מפני סבות אחרות. וכבר השיגו בנקודת הכסף מצד הסברא. ומה שתירץ הנקה"כ מפני שאין נשאלין אלא מפני הדוחק אכתי לא מתוק לחיך. דמכל מקום השתא שנתערבה ויפסיד התערובות כולה. אין לך שעת הדחק גדול מזה. ואכתי לא יצא מכלל דבר שיש לו מתירין:

והנה בדין דבר שי"ל מתירין דלא בטל יש לדון אם מתחלה דנין על הנידון אם יש לו מתירין. וכד חזינן דבר שיש לו מתירין כמו שהוא בתוך התערובות. אזי נתגלגל מזה דלא בטל. מטעם דעד שתאכלנה ע"י ביטול וכו'. או אם נידון מיד ונימא דכל כמה דיש לו מתירין כשלא תתבטל. תו לא סמכינן על הביטול דביטול לא מהני רק באופן שאין לו היתר זולת הביטול. ונפ"מ טובא היכא שאסר על עצמו בקונם חתיכה ידועה. ונפלה כולה בתוך התערובות. דאם נימא דדנין אם יש לו מתירין בהשתא. ומזה נסתבב פני הנידון אח"כ דלא בטל והכא כיון דנפלה כולה וכיון שכבר נתבטלה. ואין מקום לשאלה לחול. שהרי בשבועות [דף כ"ח] פליגי באכלה כולה אם נשאלין עליה. ואנן פסקינן דנשאלין. דבשוגג מחוסר קרבן ובמזיד מלקות [וע' בדגול מרבבה י"ד סי' רל"ח]. והכא כיון דנתבטלה והרי היא כמבוער לא תחול השאלה כלל. רק אם נימא דלא בטל. יש מקום לשאלה לחול. ואנן לא שמעינן בדבר שיש לו מתירין דלא בטל. רק היכא דיש לו מתירין אפי' כשתבטל. ולהכי לא בטל כיון דבין כך ובין כך יש לו מתירין כגון בקונם ונפלה מקצתו. אבל אם נימא דכל
כמה

כמה דמשכחת ליה היתרא. תו לא סמכינן על הביטול. גם כשנפלה כולה לא בטל. ועיין היטב. וכבר כתבתי בזה בספרי בזי"ר ח"ר [בי"ד הל' ו' סי' א'] ועיי"ש:

והסברא מסתימת הפוסקים נראה כמש"כ בראשונה. דמקדש צריך לדון אם יש לו מתירין. ואח"כ נתחייב פני הנידון דלא בטל מפני שכבר הוחלט שיש לו מתירין. וכן כתבתי שם בספרי, אבל לא לדון מן המאוחר אל הקדום. ולכאורה קשה ע"ז. דא"כ מאי קמקשה הש"ס בתרומה דהוי דבר שיש לו מתירין. הלא בפשטא נראה שנפלה כולה ועל מה תחול שאלתו והיתרו. אבל באמת תרומה שאני. כיון ־דמכל מקום צריך לתרום מפני גזל השבט שפיר תחול השאלה. שהוא אינו צריך להפרים כשיעור התרומה מן התערובות: ולפי"ז ניחא הכל בס"ד. דזה פשיטא להו. בין־למאי דס"ד מעיקרא ובין למסקנא. דכל שאין ההיתר עתיד להיות בוודאי. לא נכלל בכלל דבר שי"ל מתירין. והכא כיון דאיפשר שלא ימצא לו פתח וחרטה. וכמ"ש הט"ז בתחלת דבריו למסקנא. רק דקשיא ליה כיון דבודאי ימצא ליה פתח מפני התערובות כי היכי דלא ליפסיד לכולהו. שוב לא סמכינן על הביטול. דביטול לא מהני אלא היכא דאי איפשר לאשכוחי היתירא רק משום הביטול. וכמש"כ לעיל בפן השני. והמתרץ השיב לו דדוקא בקונם כיון דמצוה לאיתשולי עלי'. ויהדר אחר פתח חרטה זולת הפסד התערובות וכיון שכן הרי יש לו מתירין, גם כשנימא דבטל. מ"מ הרי יכול לשאול עליו [כיון שלא נפלה כל מה שנדר דיש מקום לשאלה לחול על מה שישנו]. אבל בתרומה גם כשנפל מקלתו. מ"מ לא נכלל בכלל יש לו מתירין כיון דליכא מצוה בשאלתו ולא יהדר אחרי פתחו. רק מפני פתח דתערובות עצמו ופתח זה ליתא. רק כשנימא מעיקרא דלא בטל. ומשו"ה יש לו פתח מפני פסידא דתערובות, אבל לא כן הדברים דאנן צריכין לדון מעיקרא ולהחליט דיש לו מתירין. ואח"כ נגרר מזה לומר דלא בטל. וכמש"כ לעיל בפן הראשון והכא כל כמה דבטל שוב לית ליה פתח להפרשתו כיון דלית ליה פסידא. ועיין היטב בכל זה:

ומשום האי טעמא ניחא ומיושב קושייהו דגם כשהפרים תרומה ומת ונתערבה אח"כ גם גבי יורשים נחשב כדבר שיש לו מתירין לס"ד דש"ם דכל כמה דמשכחת ליה היתרא לית ביה תורת ביטול. ואכן סהדי דאילו היה קיים ניחא ליה בשאלה משום פתח זו הגלוי ונראה בעליל פסידא דתערובות. לכן גם עתה מהני נמי לגבי יורשים, [ואע"ג שאינו בפנינו. מ"מ כל שיודעין שמתחרט מפני פתח ידועה לכל. מתירין אפי' שלא בפניו. כדאיתא בר"ן נדרים (דף ח' ע"ב). ובתשובת ריב"ש (סי' ש"ע בסוף התשובה) שמביא שם בשם רבינו שמשון ז"ל דכל שהחכם יודע שהנודר מתחרט וחפץ בהיתר החכם מתירו שלא מדעת הנודר ומותר, דהתרת חכם כהפרת בעל. ותניא אישה הפרם וה' יסלח לה במה הכתוב מדבר באשה שנדרה בנזיר ושמע בעלה והפר לה והיא לא ידעה וכו'. ולא מצינו חילוק בין הפרת בעל להתרת חכם אלא בלשון, עכ"ל. והא תינח בפתח כהאי דגלוי וידוע לכל שעל ידי זה יתחרט. אבל בפתח אחר דליתא גבי היורש. אכתי איכא למימר דילמא המורים לא יתחרט על ידי זה. וכמו דמצינו בעל דעת רבים. ומשום הכי לא מהני בפתח וחרטה דיורשים לגבי אביהם]. וכל זה למאי דסלקא דעתא. אבל למסקנא דבעינן שיהיה לו מתירין אפי' כשנתבטל. אבל בתרומה דמתירין עצמן קשורים וצרורים בביטול דאם תבטל אין לו מתירין דפתחא אחרינא לא נתגלה לנו ומשום ספיקא לא מיקרי יש לו מתירין וגם פיתחא דתערובות נסתלקה כיון דלית ליה פסידא. רק כשלא תיבטל הוא דאית ליה פיתחא דתערובות. וכל כה"ג תו לא נכלל בסוג דבר שיש לו מתירין:

ה ואין להקשות למאי שהוכחנו בספרי דהא דדבר שיל"מ לא בטל. הוא כשיש לו מתירין מתחלה ועד סוף. דהיינו שיש לו מתירין גם כשהיה בעינא, [ע"ש הלכה ו' סי' א' אות ג']. והכא בתרומה לפמ"ש, עיקר המתירין שלו רק מפני פתח וחרטה. שיש לו אחר שנתערבה, דזה אינו, דהא לסלקא דעתא דהשתא דלא אסיק אדעתי' דבנדרים מצוה לאיתשולי עלי'. וכל עיקר קושייתו מתרומה. סובב והולך כלפי נדרים דמיקרי דשיל"מ. דא"כ בתרומה נמי לא ליבטל, והשתא באמת משתים יתווכח פני הדבר, או דנימא דגם מפני ספק מיקרי דשיל"מ. כמו בנדרים דג"כ אין לו מתירין רק ע"י פתח וחרטה. דעיקרו ספיקא דאולי לא ימצא פתח וחרטה. או דנימא משום דיש לו מתירין לאחר שנתערבה. דאז בבירור בלא ספיקא כלל ישנו למתירין. על ידי פתח וחרטה גלויה וידועה מפני פסידא דתערובות. וא"כ בע"כ צ"ל דאזלינן בתר השתא. וא"כי בתרומה נמי. ולמסקנא דחידש דשאני נדרים משום דמצוה לאיתשולי עלי'. הדרינן לכללא דבעינן שיהיה לו מתירין מתחלה ועד סוף. לכן בנדרים גם קודם שנתערבה יש לו מתירין בודאי דמסתמא יחזיר אחרי פתח וחרטה. ולהיפוך בתרומה דאין לו מתירין מתחלה ועד סוף וכמו שכתבתי. דקודם שנתערבה עומד בספק אם ימצא פו"ח. ומשום ספיקא לא נכלל בכלל דשיל"מ. וגם השתא שנתערבה אין לו מתירין בהחלט. רק כשנידון מקדם דלא בטל. כיון דיש לו מתירין בלא זה ע"י פו"ח דפסידא דתערובות. וכל כהאי גוונא לא מיקרי דשיל"מ עד שנידון מקדם, דיש לו מתירין בהחלט אפי' כשנתבטל. משא"כ בנדר דיש לו מתירין בבירור מתחלה ועד סוף. הן קודם שנתערב בתוך התערובות והן לאחר שנתערב יש לו מתירין אפי' כשנתבטל. שהרי גם בלא פסידא דתערובות י"ל מתירין. דמסתמא יחזיר אחר פתח וחרטה. וכל כמה דלא נתערבה כל החתיכה שאסרה עליו. הרי יכול לשאול עלי' גם לאחר שנתערבה:

ו ולפום ריהטא היה נראה להביא ראי', דלא מהני פתח וחרטה דיורשין לגבי הקדש דאביהם. דאם לא כן לא משכחת לה חטאת שמתו בעליה דלמיתה אזלא ואפי' בהלף לא בטיל. כדאיתא במס' זבחים [דף ע' ע"ב ע"א ע"ב] ואפי' במעות שהפרים לחטאת נמי, ואמאי ישאלו היורשים ויפקיעו שמא דהקדש מינה. ומבואר במס' נזיר [דף כ"ד ע"א] ובתוס' שם ד"ה דמי חטאת. ובמעילה [דף י"א ע"א] ובתמורה [דף כ"א ע"ב] ובכריתות דאפי' כשעודנו ברשותו ולא נתנו ליד גזבר נמי. ועוד דגבי קדושת הגוף לא מהני נתינה ליד גזבר ודווקא בקדושת דמים לבדק הבית דאית ליה פדיון הוא דמהני יד גזבר. אבל בקדושת הגוף דאין לגזבר עסק בו אזי לא מהני מידי. וכ"מ להדיא מתוס' כריתות בפ' אמרו לו [דף י"ג ע"ב] בד"ה הרבע. דדווקא היכא שכבר נשחטו ונזרק דמן כהלכתא. הוא דליתא בשאלה [ועיין במורי אבן ר"ה (דף כ"ח) שחולק עליהם גם בזה, וגם פשיטא לי' התם דאין הבן שואל על הקדש אביו], אבל לקושטא אין זה ראי'. דא"כ בארבע חטאת חוץ מזה. אמר נשנו בתמורה [דף כ"א ע"ב] ובמעילה [דף י' ע"ב] דדינם למיתה. אמאי לא קתני בשום דוכתא תקנתא דשאלה, שהרי המקדיש קיים:

ונראה לפענ"ד להמציא בזה דבר חדש ונכון. דמבואר כמה פעמים בר"ן נדרים. דפתח וחרטה משוי לי' לנדרא כנדר טעות. ומפני דלא הוה כטעות גמור, לכן בעינן שאלה לחכם. אבל היכא דהוה טעות גמור אזי בטל ממילא וא"ל התרה כלל. ועיין בב"ק [דף ק"י ע"ב] גבי נתן הכסף לאנשי משמר. אמר אביי שמע מינה כסף מכפר מחלה, דאי לא מכפר הוא אמינא מהדר ליורשין. מ"ט אדעתא דהכי לא יהיב ליה אלא מעתה חטאת שמתו בעליה תיפוק לחולין דאדעתא דהכי לא אפרשה. אמרי חטאת שמתו בעלי' הלכתא גמירי לה דלמיתה אזלא ועיי"ש. וכיון דאתי הלכתא ומפקע מטעות גמור דמבטל לקנין גמור וקידושין שקידשה לפניו. כגון ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין. דאי לאו משום דניחא לה בבל דהו כדאיתא התם. נתבטלו הקידושין למפרע. אזי ממילא נשמע דלא מהני שאלה ע"י פתח וחרטה דמשוה ליה כעין טעותא לחוד. ועיין במס' נזיר [דף כ"א] לעולם אימא לך בעל מיעקר עקר. והיינו טעמא כיון דלא צריך כפרה הוי כחטאת שמתו בעלי':

ועיין רש"י תמורה [דף ב'] דמצרכינן ליתורא דיורש מימר וסומך בקרבן אביו. ותיפוק לי' דאיתא בשאלה וחשיב כשלו, לענין חמץ ומלאכת יו"ט. כדאיתא בפסחים [דף מ"ו] ועי"ש בתוס' ד"ה הואיל וכו' בתירוצם השני דגם בהקדש נמי רק היכא דאתי ליד גזבר. וכבר כתבתי דבקדושת הגוף לא מהני מסירה לגזבר:

איברא גם ראיה זו אינה מוכרחת. דאיתא שם [דף י' ע"א] דמיבעיא ליה אם מקדים עושה תמורה או מתכפר, ומסקינן דמתכפר עושה תמורה. הרי להדיא אע"ג דלגבי המקדים איתא בשאלה. ואפ"ה אינו עושה תמורה. ולהכי נמי גבי יורש אי לאו דאתי לן מייתורא דקרא. אע"ג דאיתא בשאלה אינו עושה תמורה. אמנם לכאורה קשיא התם דמוכח ליה רבא דהמקדים אינו עושה תמורה. דא"כ מצינו צבור ושותפין עושין תמורה כגון דשוו שליח לאקדושי דלמא לעולם המקדים עושה תמורה משום הואיל דאי בעי מיתשיל עליה והרי הוא לכל מילי כבעלים. משא"כ השליח דאינו

יכול

יכול ליתשיל עלה. וי"ל דהכי משכחת לה כגון דשוו שליח לאקדושי על דעת רבים. וכמו שמתרץ רמב"ן ב"ב בסופו במלחמות בסוגיא דשכיב מרע שהקדיש. אמנם מסתימת הש"ס ופוסקים משמע. דלא מהני שאלה לגבי יורשין לכ"ע. ועד כאן לא פליג הפר"ח ורשד"ם. אלא במילתא דקשורה גם גבי היורשים. ועיקר השאלה הוא לאיסורא דידהו:

ולפום ריהטא היה נראה להביא ראיה לדעת הפר"ח. דמהני בכה"ג שאלה גבי יורשים אע"ג דעיקרו נשתרש מאביהם. שהרי לדעת רשב"א גם במנהגא שנהגו מחמת טעותא שוה למנהגא דמחמת גדר וסייג לדעת שאר הפוסקים. וכיון דלדעת רשב"א בע"כ צ"ל דמהני שאלה אפי' גבי יורשים במנהגא דטעותא. דאל"כ איך נפרנס היתרא דבית שאן שהתיר רבי. אע"ג שנהגו בו איסור מכמה דורות. שהרי אמרו לו מקום שאבותיך ואבות אבותיך נהגו בו איסור וכו' [חולין דף ו' ע"ב] וכן גבי נגר בעירובין [דף ק"א ע"ב] אמר ר"י איסור נהגו בה ובא ר"ג וזקנים והתירו להם. ומשמע שנהגו איסור מכמה דורות, וצ"ל לדעת רשב"א דאיירי ע"י שאלה. וכשם דמהני שאלה גבי יורשים במנהג דטעות ה"ה נמי לשאר פוסקים במנהג דמחמת גדר וסייג. ואין לומר דשאני דורות הראשונים. שגם לדעת רשב"א דוקא אז בכותאי הוא דאין מתירין להם. דזה אינו דבע"כ צ"ל שגם בדורותם נכללו המון עם בכלל כותאי. שהרי תוס' הקשו מבית שאן ולא מחלקי בזה:

אמנם נראה דלענין זה הסברא מחלקת ביניהם. כיון דבמנהג שהוא מחמת טעות. עיקרא דמילתא משום דלא ליתי לאסרוכי ולהקל בשאר איסורים. ומשום האי טעמא במנהג כזה הינו צריך להחמיר בחומר המקום שיצא משם בכל גווני. וגם כשהלך לשם אלא בפרהסיא ואפי' כשאין דעתו לחזור כמבואר בר"ן שם. וכיון דמתירין להו רק ע"י שאלה. שוב לא חיישינן דאתי למסרך ולהקל גם בשאר איסורין. משא"כ במנהג בדבר שהוא משום סייג וגדר. דמדינא אסור ומחוייב לנהוג כחומר המקום שיצא משם ושהלך לשם מדינא אפי' בצינעא כשאין דעתו לחזור. וכיון דצריך התרה מדינא. משום האי טעמא לא מהני. רק לגבי הנודר עצמו ולא לגבי יורשים. ודורות הבאים אחריהן:

וממילא מובן דלא קשה מה שהקשה יד"כ על שו"ע [בסי' רי"ד] דמביא [בסעיף א'] גם דעת רשב"א אפי' במנהג דטעות. ובסעיף ב' סתם דוקא במנהג שהוא מחמת גדר וסייג. דכיון דמביא שם דצריך לנהוג בחומר המקום שיצא משם. דזהו דוקא במנהג כזה כמבואר בר"ן. ואנן פסקינן בזה כר"ן פסחים ריש פ' מקום שנהגו ד"ה תניא. דלדעת תוס' שם ד"ה אי [בדף נ"א] ורא"ש שם גם במנהג שהוא מחמת גדר וסייג אינו צריך לנהוג בחומר המקום שיצא משם ושהלך לשם אפי' בצינעא. רק היכא שנתקן עפ"י ת"ח וחבר העיר:

ז **לכאורה** קשיא בדברים המותרים ואחרים נהגו בהן איסור דפסקינן דאין רשאין להתיר. ובנדרים [דף פ"א] אמרי' דאתיא כר"ג. ואנן פסקינן התם דלא כר"ג דא"ל להפר. וצ"ל דאנן פסקינן כרבינא [דף פ"ו] ובתוס' שם ד"ה ואחרים דאפי' לדידן צריך להפר בדבר שאין בו ממש. וצריך לחלק בין היכא דמשועבדת ליה דניכר לכל. אע"ג דמדינא מפקיע מידי שיעבוד. מ"מ כיון דאלמוהו רבנן הרי ניכר לכל דמשועבדת ליה. ובין דבר שאין בו ממש דתליא רק בלישנא קלילא:

ח **מה** שהקשה על רשב"א דס"ל דלא מהני שאלה בדבר שהוא משום גדר וסייג משום דהוי כדבר שאסרתו תורה. דהרי המתפיס בדבר אסור לא מהני ומשום זה הפליג דשני שאלות מהני גם לדעת רשב"א דהוי כאילו התנה שלא יועיל התרה לעולם. שיכל דבריו בהשכל. אבל לקושטא לא נראה כן ופירושו הכי הוא. כיון דכתיב ושמרתם את משמרתי דפירושו עשו משמרת למשמרתי. ס"ל דכשם דסנהדרין וב"ד הגדול היה ביכולתן לעשות סייג וגדר על כל ישראל. כן כל עיר ועיר שהסכימו לעשות משמרת בדבר הפרוץ. ידם בזה בעיר והגליל שלהם. כמו בית דין הגדול שבירושלים. וכמו שכתב הריב"ש [בסי' רע"א דף ע"ו ע"ב]. ושאר פוסקים חולקים עליו דכל הנעשה משום גדר לאחר חתימת הש"ס מהני מיהת להתיר ע"י שאלה לחכם:

ומה שהקשה הפר"ח שם בסעיף הראשון על שו"ע שסותר דברי עצמו [מסי' רי"ד] על מה שפסק [בסי' רכ"ח] דלא מהני שאלה. ראיתי מה שמתרץ מעכ"ת והוא ראוי לאומרן. ולי נראה דהתם איירי בדבר שמצינו שיש בו סרך איסור מדינא דומיא דנדר של שחוק והמה גדרו והחרימו בזה לא מהני התרה. וכן בדומה לזה אפי' בדבר אחר שנפרצו בו ועשו משום סייג וגדר. אבל [בסי' רי"ד] מיירי דומיא דעובדא דכבול דאיתא בגמ' שכבר גדרו חכמים בזה. ובזה לא החמירו. רק שהמה החמירו מעצמם. בכה"ג הוא דמהני שאלה והתרה כיון שהוא חומרא יתירא וגזירה לגזירה. וזה מדוקדק קצת בלשון הש"ע. בסי' רי"ד כייל ליה בלישנא דסייג ופרישות. דהיינו שהוא חומרא בעלמא ובסי' רכ"ח נקט בלישנא דגדר לרבים וסייג לתורה שהוא בכלל משמרת למשמרתי. לעיקר דבר שכתוב בתורה. ולא לדבר שעשו חז"ל רק לגדר בעלמא והם הוסיפו עוד:

ט **גם** מה שהביא בשם ספר מ"כ קושיא על כל פתח וחרטה דהיאך מאמינים אותו כיון שאיתחזק איסורא. ותירץ משום דהוי בידו דאי בעי לא נדר, דברים אלו אין להם שחר ולא ניתנו להאמר. בבקשת מחילה מכ"ת הגדולה. חדא דחרטה מיהת בידו הוא דתלי' בדנפשיה. ועיקר כוונתי הוא מפני שאנן לא בעינן שיתחרט דוקא על הענין עצמו. רק שיתחרט על מה שהוציא מפיו בלשון נדר או שבועה והחטיא נפשו בעון פלילי כמדקרות חרב כענין דאיתא כל הבוטה כמדקרות חרב כדאיתא בנדרים [דף כ"ב] עוד שם אע"פ שמקיימו נקרא רשע וכו' עוד שם כה"ג. ומי הוא ואיפוא הוא שישים הדברים האלו במחון אל לבו ולא יקרע סגור לבבו בקרבו ולא יתחרט באמת על שהחטיא את בשרו ונפשו בעון עצום כזה. ואע"ג דאנן לא פתחינן ליה בהכי היינו משום דחיישינן שעודנו לא השים על לבבו עד היכן הדברים מגיעים. רק מחמת בושה יאמר שיתחרט. אבל מכל מקום בידו הוא שישים הדברים בעצמו על לבבו לאמתן מפני שכן הדברים טובה עליו שיסיר מוטה מתוכו. ויתחרט למפרע על דבר שהוציא עתק מפיהו. אבל בעיקר הענין שנדר. גם עתה בידו כדעתו וכבחירתו כה יעשה:

ועוד דכיון שאומר שמתחרט. הגם שאינו מתחרט במחשבתו. שוב נידון כדברים שבלב. ולא אזלינן רק בתר דיבורו לחוד. וכיון שכן מהימן נמי על מה שמצא פתח לנדרו במיגו. וכן מפורש להדיא בפ' הניזקין [דף נ"ד ע"ב] ודלמא דשמעי' דפגיל וכו'. ודלמא דחזינא בפשפש. אע"ג דהכי איכא למימר שאינו מפגל בהסכם דעתו ולבו בל עמו. רק לצעורא קא מכוון והתם מסתברא ביותר לומר כן. כי היכי דלא ליפסל קדשים על ידו. אלא דלעולם לא חיישינן אחרי כוונות נעלמות. רק מהנגלות לפנינו דנין בין להקל בין להחמיר. דכל כמה דליכא הוכחה לפנינו שיש בלבו להיפוך ממה שהוציא בפיו. תו אמרינן ביה דדברים שבלב אינן דברים. ולא מפני דלא מהימן בלבד אלא דלא מהני מידי. [וכבר קבעתי בזה מסמרות נטועים לקמן בחלק אהע"ז בדיני קידושין [סי' ל"ד אות ב']. ודברי תשו' חכם צבי (סי' קס"ו) שמשמע שם להיפך יישבתי על נכון ואין כאן מקומו. ועיין בתוס' ר"פ השולח בד"ה מהו דתימא בסוף הדבור. ועוד כו"כ ראיות לזה]:

וגם תירוצו לא מיחוור כלל דמעולם לא שמענו בידו כזה. ואנן בעינן שיהיה בידו לאחר שנתחזק. וראיה מריש פרק האשה רבה ביבמות [דף פ"ח ע"א] דאמרינן אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה. מכללו נשמע דאם הקדיש או נדר ע"ד רבים דאינו נאמן. אם אמר שכבר איתשיל עליה בהסכם אנשים שנדר על דעתם. [ועיין בסי' רכ"ח סעיף כ"א שכן דעת רוב הפוסקים]. משום דלא הוה בידו שאולי לא יסכימו. וזה בודאי אינו בידו שימשוך דעתם אחריו. גם היכא שנדר ע"ד רבים ואמר אח"כ שנדר רק על זמן. דאז כשנדר על דעתו נאמן. משום דבידו לאיתשולי. וכשנדר ע"ד רבים אינו נאמן. ולא אמרינן שהרי כבר היה בידו שלא להקדיש ולהדיר. [וזה יותר מדוקדק קצת בגמ' מדנקט ליה גבי דידיה סתמא. ואי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה וגבי אחרים נקט דאמר אנא ידענא דאיתשיל מרי' עליה. מכלל דמעיקרא גבי דידיה משכחת ליה גם בגוונא אחריתא. ונקט לרבותא דגבי דידיה נאמן אפי' היכא שאמר מנדר אחר כגון שנדר רק על זמן דהשתא איתחזק מיהת בחזקה גמורה עד עתה. ואפ"ה נאמן משום דבידו לאיתשולי עליה. ואי דאחרים ואמר דאיתשיל מריה עליה היא גופה קמשמע לן, דאפי' היכא דלדבריו חכם עוקר נדר מעיקרא, והוי אמינא דבכה"ג לא מיקרי איתחזק איסורא, קמשמע לן דאפי' בכה"ג נכלל בכללא דאתחזק, [ועמ"ש עוד בזה לקמן בסימן שאח"ז אות ו'], וכן לעיל גבי טבל נמי יש לומר דהא דאמרינן ואי דאחרים ואמר דמתוקן הוא, היינו שהכניסו במוך שלה, דלדבריו לא נתחייבה מעולם בתרומות ומעשרות מדאורייתא, עיין

פסחים

פסחים [דף ס'] ברש"י ובתוס' שם, אפ"ה מיקרי איתחזק, כיון דעד שלא גילה לנו כזאת מחזקינן ליה בחזקת טבל ואתיא כשינויא קמא דפסחים, דמ"מ הוי בחזקת טבל, דמסתמא לא מחזקינן ליה בהכי דלמא עביד כר"א. וזהו דדייקו בלישנא, ואי דאתריה ואמר דמתקן הוא, היינו שהוא מתוקן מעצמו גם בלא הפרשה, ולא נקט כדלקמן דאמר דאפריש מריה עליה, כדאמרינן דאיתשיל מריה עליה לאשמעינן כזאת שגם בכה"ג מיקרי איתחזק, והדברים עתיקים ברבותא הזאת, עיין במרדכי ר"פ האומר בקידושין, ובזית רענן ח"ר בחלק יו"ד הל' ב' סי' ז' אות ז' ח'], ועוד יש בזה כו"כ ראיות. שהרי בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן למפרע. ואפי' מכאן ולהבא למאן דלית ליה דפלגינן דיבורא בחד גופא [בבא בתרא דף קל"ד ע"ב] ולדברי הספר שהביא. אמאי הא בידו הוי מעיקרא שלא לקדשה. וגם האשה שאומרת גרשני שלא בפני בעלה דאינה נאמנת לדעת רוב הפוסקים בש"ע אה"ע [סי' י"ז סעיף ב'] והרי בידה מעיקרא שלא תתקדש את עצמה. אלא מלתא דפשיטא הוא דאין זה מיקרי בידו כלל כיון שנתהזק הדבר ביני ביני. ואין לחלק בין נדר שהוא ע"י דיבור לבד ובין דבר שנתחזק בפועל לפנינו דלא מצינו לחלק כזאת בין חזקה לחזקה. ותדע מדאמרי' ביבמות [דף פ"ח] מידי דהוה אהקדש וקונמות ותיפוק ליה דהתם לא היתחזק רק על ידי דיבור. מש"כ בחזקת א"א גבי מת בעלה ועיין:

ומתוך דברים אלו נזכרתי שבילדותי ראיתי תשובה אחת כתב יד ק' מהגאון הקדוש מו"ה עקיבא איגר זצוק"ל. שהקשה ע"ד ר"ן ריש פסחים. וז"ל אלא מפני שביטול זה תלוי במחשבתן של בני אדם ואין דעותיהן שוות. ואפשר שיקלו בכך ולא יוליאוהו מלבן לגמרי. ראו חכמים להחמיר שלא יספיק ביטול והצריכוהו בדיקה וביעור שהוא מספיק ג"כ מן התורה. והקשה דמה בכך כיון דביטלו בפירוש ודברים שבלב אינן דברים והניח בצ"ע. וכדי ליישב דברי רבינו. אמרתי דדברי קדשו סובבין בלכתן על התחלת דבריו שכתב שם אלא כך הוא עיקרן של דברים שזה שאמרה תורה תשביתו יכול להתקיים באחד מב' דברים וכו'. וכיון דקוטב דבריו קאי על קיום מצות עשה דתשביתו להכי חיישינן שלא יוציא מלבו ואינו מקיים מ"ע דתשביתו דגם דמצות אין צריכות כוונה. אבל לא כשמחשב שלא לצאת כדאיתא בכמה דוכתי. ועיין בר"ן ס"פ ראוהו ב"ד. וגבי דדברים שבלב אינן דברים ואינו עובר עליו. אבל אכתי לא קיים המצוה דתשביתו:

ומה שחזר וכתב השואל לדחות דברי הגאון האמתי מו"ה עקיבא אייגר זצוק"ל בגילא דחיטתא בדברים הפשוטים וידועים גם למתחילים ולא ידע ולא שיער בנפשו לפני מי עומד אשר עיניו משוטטות בכל הש"ס ופוסקים ודעתו רחבה ועמוקה בדרכים האמתיים ואשר דימה בנפשו לדבר פשוט הגם שדרך הפשוט הוא המובחר. אבל צריך לחפש ולעיין במחשבתו טרם הוציאם בפיו אם הוא הנכונה עפ"י סוגית הש"ס. לכן מה שכתב דביטול והרטה תלויין בלבו וגם נתקיים הביטול על ידי מחשבתו לבד. לכן אמרינן בהו דדברים שבלב הוה דברים, אתמהה הכי ביטול לבד תלוי בלבו הלא כל המעשים הקניינים והקידושין והגירושין תלויין בלבו. ואפ"ה אמרינן בהו דדברים שבלב אינן דברים כיון שהסכים בלבו להוציא כך מפיהו. או לעשות מעשה הזאת אעפ"י שמחשב בלבו להיפוך רק היכא שחשב בלבו להוציא פת חטים והוציא פת שעורים דפומא הוא דאיתקל ליה. כמבואר בר"ן פ"ג דשבועות [דף כ"ו ע"ב] יעו"ש גם אין לומר מפני שביטול מהני מדכתיב תשביתו. ומשו"ה מהני נמי לדחות הביטול שהוציא בפיו אם בלבו להיפוך, זה אינו, הכי ביטול בלבד מהני במחשבתו לחוד הלא גם תרומה וקדשים נמי מהני אם גמר בלבו לבד. עיין שבועות [דף כ"ו ע"ב] ואפ"ה מבואר בכמה דוכתי שאם חישב בלבו נגד דיבורו דלא מהני מידי. רק היכא דטעה ופומא הוא דאיתקל ליה. וכ"מ במקומו בקידושין [דף נ'] שהוכיח דדברים שבלב אינן דברים מהא דכופין אותו הרי להדיא אע"ג דמהני בגמר בלבו לבד. מכל מקום היכא שהוציא בפיו. תו לא מהני מידי מה שבלבו להיפך. ואי משום דכתיב תשביתו ולא כתיב תבערו לא בא הכתוב להחמיר עליו אלא להקל שגם ביטול בלב לחוד מהני. אבל לא דניזל בתר מחשבתו ולבטל מה שהוציא בפיו, [ועיין היטב בסנהדרין (דף ס"ה) בתוס' ד"ה הואיל עד כמה דחקו א"ע לפרש הא דאיתא גבי מגדף הואיל וישנו בלב], ומה שתירצתי על דברי ר"ן ריש פסחים הוא הנכון. ואין זה דחוק ורחוק כאשר דימה מעלתו הרמה. ומי שמעיין בלשונו היטב יראה שהמשכת דבריו יסבו בלכתן על מה שכתב שם בתחילה דעיקרו כדי לקיים מצות עשה דתשביתו,

[וכ"כ בסוף דבריו בפירוש וז"ל ומה שהצריכו חכמים בדיקה וכו' ולא סמכו על הביטול כבר כתבתי שעשו כן כדי לקיים מצות תשביתו חששו לבני אדם שלא יבטלוהו בלבו לגמרי עכ"ל], וכל כי הני מילי מעליותא לימרו משמי:

י **נידון** מה שפלפל כ"ת עם הרב הגאון וכו' מוהר"ר יעקב מאיר נ"י אב"ד דק"ק בריסק, ספרו איננו כאן וכן עלה במחשבה מיד בעת שראיתי בהשקפה ראשונה במכתבו דהכירא דעלות השחר לא נקרא אלא איקבע איסורא. ולא נכנס כלל בסוג דאיתחזק. וכן מבואר להדיא בתוס' כריתות [דף י"ז ע"ב] ד"ה מדסיפא תדע דאל"כ יתחייב חטאת אם עשה מלאכה בין השמשות קרוב למוצאי שבת. וכמש"כ תוס' כתובות [דף כ"ב] בד"ה הבא עליה וכו'. כיון דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא. ומשנה שלימה שנינו בכריתות שם. שבת ויום חול ועשה מלאכה באחד מהן ואינו יודע באיזה מהן עשה מביא אשם תלוי, ובעיקר דברי הירושלמי ביומא [פ"ג מ"א] הרואה אומר ברקאי [מביאו התוי"ט שם], שהקשה דלמה מהימנינן לאחד לומר שהאיר המזרח. ומתרץ משום דהוה מילתא דעבידא לאיגלויי דאע"ג דהיכא דאיקבע איסורא ליכא מאן דפליג דעד אחד נאמן שמעשים בכל יום שטבח נאמן במקולין שלו לומר שיש לו בשר כשר וטרפה. רק כיון דמצינו דלא סמכינן על חזקה ורובא היכא דאיכא לברורי. הכא נמי ס"ל מעיקרא דלא סמכינן על עד אחד כיון דאיכא לברורי מילתא על פי שנים. וע"ז מתרץ דהיא הנותנת דכיון דאיכא לברורי, אזי מסתמא מסתברא מילתא דלא משקר כיון דעבידא לגלויי וכל היכא דמסתבר מילתא סמכינן גם על חזקה אפי' היכא דאיכא לברורי, וכבר קבעתי בזה מסמרות ממשנה מפורשת בפ"ה דטהרות משנה ח' מי שדרסה אשה על בגדיו וכו' אם מכירתו שאוכל בתרומה כליו טהורים ואם לאו ישאלנה הרי דבחזקה המסתבר אין צריך לשאלה. ומובא בספרי בזית רענן חלק ראשון [ביו"ד הל' פ' בסופו]:

עד כה הארכתי למלאות רצונו להשיבו גם על פרטי דבריו.

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוהר"ר בנימן זלה"ה.

סימן כג

בדיני תקנות

בדבר מעשה שהיה באחת מן העיירות במדינת טורקייא אשר שני רבנים מופלגים בתו"י כי"ו השתדלו לעשות מקח על ענבים לאשר שנשמע מהנהו סרסורים שהתפארו שיעלו השער עד שמונה מאות [גראש]. תחת אשר היה זה איזה שנים טרם שהכניסו א"ע הנהו סרסורים בתגר הזה. במקח מאה [גראש], ומדי שנה בשנה בהעלותם השערה כן תעלוזנה בנות ערלים כי היקום אשר ברגליהן תתחזקנה וידי הקונים דלה דלה וידל ישראל עד למאד. ותרפינה כנפיהם עד כי שחה לעפר בעו"ה. לכן התחכמו איזהו ת"ח להפר את עלת ערומים ולהשיב נפשות היקרים אל נדנם. ובאו באלות הברית כל חכמי העיר הנ"ל ובאו על החתום. וגם ת"ח ובע"ב שלא באו עה"ח שמחים ושמחים נגדם קיימו וקבלו עליהם לבל יפר ולא להפיל צרור ארצה מני שלשה המקחים שעשו על שלשה זמנים מחולפים לפום שווי הענבים בעתות ההם, דהיינו שער אחד מני הקונים לפני ר"ה. והשני לאחר ר"ה והשלישי מן חוה"מ סוכות והלאה, וכאשר נשאו ונתנו בענין זה כולם קבלו עליהם מרצונם לבד מאיזהו סוחרי יין שלא קבלו מרצונם למען רבות מסחרם. ומתחלה התפארו באמרם שאי איפשר להתחדש תקנה כזאת. מפני שהטורקיים יקנו מן המביאים. ונתבררו הדברים לאמיתם שיש למו עתות קבועים כשמנה ימים. ומלפניהם ומלאחריהם מושכים ידיהם. לכן בטלו דעתם והכריזו בכל בתי כנסיות וב"מ כעשרה ימים לפני ראש השנה. ותעלוזנה כולמו בתיקון גדול כזה. גם כתוב בתוך הכרוז שבאם יעבור אחד ויעלה מני השערים הנקובים אזי יכריזו שיינו יין נסך. והנה בזה הפרט מקצתם אומרים שלא אסרו אז את יינם, רק באם יכריזו. וכיון שלא הכריזו לא נאסר כלל ורובם אמרו שאסרו מיד, רק פירסום קלונם יהיה לאחר הכרזה, והנה לאחר שהכריזו הכרוז הנ"ל לא קם עדו רוח באיש מקטן ועד גדול להעלות השער אף גרה אחת וקנו רק במקחים

במקחים הנקובים עד אחר חג הסוכות. רק ידי הסרסורים היתה במעל הזה, וגם הוציאו עתק מפיהם על איזה מופלגים שהמה עברו ברית. אבל שקר אחזו ימינם למען רבות צרור כספם כי בהעלותם הערה תעשנה ידיהם תושיה, אולם מן כ"ד תשרי והלאה אז ישוב ד"ך נכלם. שגם רובם שמרו אלות הברית עד כה. הן המה היו בעוכרם. מקצתם הרימו בקול שלא היה צד איסור מעולם, והעם נסו לקולם. ומקצתם העבירו לאמר שכבר הותר האיסור. והנה כעת זעיר שם שהתחזקנה ידיהם לעמוד עוד באלות הברית. ולאשר שכמה יראים ושלמים לאנחו ולא שקטו וכתבו אלי ובקשו ממני לאמר להם הלכה ברורה. ולאשר מעודי לא הייתי גם לבי בהוראה ח"ו, ומדי בואי הנה משכתי ידי מכל וכל מכמה טעמים חתום באוצרותי, אולם לאשר הגיע לאזני שצעיר הנ"ל העבירו קול שאנכי התרתי להם. ותולים הקולר בצוארי, ולמען לא תפוג כבוד התורה מכל וכל ח"ו נעניתי להם, ואברר הדברים להלכה כאשר יורני צורנו וגואלנו:

א **הן** שורש ומקור הדברים במסכת ע"ז [דף ל"ו] ובגיטין [ד' ל"ו]. שורש הדברים שישנם שלשה סוגים, א'] שאפי' ב"ד הגדול כאליהו וב"ד אינם יכולים להתיר ולבטל כגון י"ח דברים, ב'] שיכולים לבטל הגדולים מהם בחכמה ובמנין כמו גבי פרוזבול דאמר שמואל אי איישר חילי יותר מהלל אבטליני', ג'] שאפי' קטנים מהם בחכמה ובמנין יכולין לבטל ולהתיר. אבל בלא היתר ב"ד אינם מותרים, כגון שמנם שהתיר רבי ובית דינו. והנה לדעת רבותינו בעלי תוס' הם נחלקים שלשה הסוגים תחת שלשת השריגים האלו, דכללו של דבר דאפי' בדברים שהמה סייג לתורה ממש ורוב הציבור יכולים לעמוד בהם ונתפשטו גזירתם בכל ישראל מ"מ יכולים להתיר ע"י גדולים מהם בחכמה ובמנין, רק בי"ח דברים לבד מפני שעמדו על נפשותם. והיכא שלא נתפשט ברוב ישראל אפי' היכא שהוא סייג לתורה כגון שמנם אפ"ה יכולים להתיר אפי' קטנים מהם ואפילו לאחר כמה דורות, כגון רבי וב"ד שהתיר שמנם מפני שחקר ודרש היטב שלא נתפשט מיד ברוב ישראל, אבל בלא היתר ב"ד כלל עומדים באיסורם אפילו בדברים שלא נעשו סייג לתורה ואין רוב הציבור יכולין לעמוד בהם ולא נתפשטו ברוב ישראל, וכן מוכח מדבריהם למעיין שם היטב בסוגיא:

וגם נראה בעליל כן מדבריהם [ל"ו ריש ע"ב] אי איכא גוי כולו אין כו' וז"ל, פי' אינה חלה כשאר גזירות ויכולה להתבטל אף בב"ד קטן מיהא חלה היא לענין שצריכה שום היתר שהרי שמן נהגו בו איסור עד שבא רבי והתירו עכ"ל. ואם איתא דהיכא דאיכא תלתא לריעותא אינם צריכים לשום היתר צ"ל לדחוקי נפשם כולי האי הוי להו לפרש דאיירי בכה"ג, אלמא דפשיטא להו דאפילו בדאיכא תלתא לריעותא מ"מ בלא היתר ב"ד אינם מותרים. והא שהביאו ראיה משמנם הגם דהתם היה מתחילה סייג לתורה, זהו מפני שמוכח מדבריהם שהם לא נחתו כלל לחילוק זה. [רק הרמב"ם חידש כזאת בפ"ב מה"מ לחלק שאר גזירות מי"ח דבר, אבל בעלי התוס' חילקו בא"א מפני שעמדו ע"נ לכן לא חילקו בזה], וגם מוכח מדבריהם בגיטין (דף ל"ו ע"ב) שהוכיחו מירושלמי שעיקר תלוי בנתפשט ברוב ישראל משום דמסתמא לא נתפשט מפני שאין יכולים לע"ב. כמו שהקשו גבי פרוזבול במס' ע"ז (דף ל"ו ע"א) בד"ה והא תנן וכו' דמסתמא נתפשט שהרי הוא לטובתם, וכל המעיין בצדק לא יתעקש בזה:

ב **ודעת** הרמב"ם [בפרק ב' מהלכות ממרים] בשלשה סוגים אלו הוא. דכל שעשו סייג לתורה ונתפשט ברוב ישראל כשמנה עשר דבר שחששו שלא יבואו לעבור על דבר תורה בקום ועשה דוקא, אפי' אליהו וב"ד אינם יכולים להתיר. [ובפרט זה מחמיר הרמב"ם ובעלי התוס' מקילין]. אבל כל כמה שאינו בסוג זה. אפי' במקום שהתקינו כדי לקיים מ"ע כגון גבי פרוזבול דאיתא משום נעילת דלת ונתפשט ברוב ישראל. אפ"ה יכולין ב"ד הגדול מהם בחכמה ובמנין לבטל [ועיין בכ"מ ובלח"מ שם]. אולם היכא שלא נתפשט מיד ברוב ישראל אזי אינם צריכים להיתר כלל וכלל [ובפרט זה הרמב"ם מיקל ותוס' מחמירים דמ"מ צריכים להיתר ב"ד] והיכא שדימו שנתפשט ברוב ישראל ואח"כ נמצא שלא נתפשטה מתחילה, הוא דצריכין להיתר ב"ד אפילו קטנים מהם. וזהו כגון שמנם שהתיר רבי וב"ד:

ג **ודעת** ראב"ד שם בהשגות דכל כמה דנתפשט ברוב ישראל אפילו היכא דליכא סייג שוב א"י לבטל אפילו הגדולים מהם בחכמה ובמנין. ולא נחית כלל לחלק בין תקנה שיש בו סייג לתקנתא דלית ביה סייג כלל, ובזה השכים לדעת תוס', אולם לא ס"ל לחלק בין היכא שעמדו על נפשותם, ומש"ה פסיק ותני דכל כמה דנתפשטה ברוב ישראל א"י לבטל כלל, ובע"כ צ"ל לדידיה דגבי פרוזבול וכדומה יכולה להתבטל ע"י גדולים בחכמה ובמנין מפני שלא נתפשט. איברא זהו היכא דאיכא חדא לריעותא. אבל היכא דאיכא תרתי לריעותא דלא נתפשט ואין רוב הציבור יכולין לעמוד בה אפי' קטנים מהם יכולים להתירו. וזהו טעמא דשמנם שהתיר רבי וב"ד. וכן גבי בית שאן [חולין דף ו' ע"ב]:

נמצא בפרט זה ס"ל לראב"ד כתוס' במסקנתם דאפי' היכא דאיכא תר"ל צריכין מיהת להיתר ב"ד וכן מבואר בלחם משנה שם, אבל מאי דס"ל דדוקא היכא דתר"ל אז יכולים קטנים מהם להתירו זהו כס"ד דתוס' קודם שהביאו הירושלמי. אבל למסקנתם אפי' בחדא לריעותא נמי. וזהו נמשך ממילא משום שבעלי התוס' ירדו לחלק בין עמדו על נפשותם.. וראב"ד לא נחית לזה, ועיין. איברא בפרט אחד מיקל גם דהיכא דבטל הטעם שתיקנו הראשונים דגם בזה ס"ל לרמב"ם דא"י לבטל אא"כ ע"י גדולים. וראב"ד ס"ל דבאופן זה אפי' ע"י קטנים מהם כגון בעיטור פירות על ידי רבן יוחנן בן זכאי:

לבאורה קשיא לדעת הראב"ד דס"ל דכל כמה דנתפשטה אפי' בדבר דלית ביה משום סייג א"י לבטל אפי' גדולים מהם, מריש מגילה דמקשה הש"ס והא אין ב"ד וכו'. תיפוק ליה דאפי' ע"י גדולים מהם אי אפשר להתבטל שהרי מקרא מפורש קימו וקבלו. [ומה שתירץ אחד מן המופלגים פה דמגילה לא נתפשטה בקרב בני משה ועשרת השבטים, אינו, דכשם שלא היו בכלל הגזירה כן לא היו בכלל הגאולה, אבל נתפשטה לכל שהיו בכלל הגזירה ובזה מיקרי נתפשטה לכל ישראל, עיין גיטין (דף ל"ו ע"ב) תוס' ד"ה אלא, מבואר מדבריהם שבמגילה מיקרי נתפשטה, וראיה ברורה לזה שהרי י"ח דבר היו בבית שני ולא נתפשטה בקרב עשרת השבטים ואפ"ה מיקרי נתפשטה בכל ישראל, מפני שמתחילה לא גזרו עליהם ועל הכלל שגזרו נתפשטה בכולם], ולדעת רמב"ם וכן לדעת תוס' ניחא:

ונראה דלשיטתו אזיל דכהא דס"ל דהיכא שגילו טעמם בתקנתם אזי גם קטנים מהם יכולים לבטל כיון שנראה בעליל שכבר נתבטל הטעם. ה"ה נמי היכא שהראשונים לא ירדו לחלק ועשו יום קבוע לכלל, אזי אם היו האחרונים גדולים מהם בחכמה ובמנין, יש ביכולתם לצדד פני הדבר ולחלק בין בני העירות לאנשי כפרים, אבל לבטל לגמרי ס"ל דאפי' ע"י גדולים מהם א"י מפני שנתפשט ברוב ישראל:

תמצית העולה מזה דגם הראב"ד בהשגות ס"ל כדעת רבותינו בעלי התוס' דאפי' היכא דלא נתפשט ואין רוב הציבור יכולין לעמוד בה מ"מ צריכין מיהת להיתר ב"ד. ואהני גם בקטנים מהם לדעת הכ"פ:

ד **עיין** בכסף משנה [פ"ב מהלכות ממרים ה"ז] דמעיקרא קס"ד דהיכא דמתחילה נתפשט ברוב ישראל ואח"כ נתבטל ממילא מיקרי ג"כ לא נתפשטה ודינו שוה כלא נתפשטה מעיקרא. אולם מיד חזר מזה מפני פרש"י שם:

ולבל יתלכד המיקל בזה נלענ"ד להביא ראיה ברורה לזה ממאי דאיתא שם במס' ע"ז (דף ל"ה) כי גזרי גזירה במערבא לא מגלי טעמא עלה לבתר תריסר ירחי שתא דילמא איכא איניש דלא ס"ל ואתי לזלזולא ביה ועי' בפרש"י שם, ועיין בכ"מ שם (הלכה ו') שביאר הדברים אע"ג שיכולים לכוף את היחיד מ"מ כיון שעל ידו יוגרם שלא יתפשט ברוב ישראל שוב אינם יכולים לכוף שיתפשט. והשתא אם נימא דהיכא שנתבטל אח"כ ג"כ דינו שוה ללא נתפשט מיד, לא היה להם לגלות טעמם לעולם:

ה **עתה** נבאר בשיעור וזמן נתפשטה ולא נתפשטה. עד כמה. אם הוא מיד כששמעו ולא מיחו אע"ג שאח"כ חזרו ולא קבלו עליהם. או דינו כיום שמעו לגבי בעל בהפרה:

והנה לכאורה יש כדמות ראיה דבכל דבר שגזרו לצמיתות ולעלמין. דלא מקרי נתפשטה עד שתא. שהרי במערבא לא גילו טעמם עד שנה שלימה (ע"ז ל"ה) למען יתחזקו בגזירתם שנה שלימה ושוב א"א שיתבטל אפילו שלא יקובל אלא אח"כ טעם האיסור מפני שכבר נתפשטה ברוב ישראל, וא"ל דהיינו טעמא כי היכי שיגיע התקנה לסוף הישוב ומרגלא בפומייהו דרבנן שהוא כשיעור שנה שלימה. כדאמרינן

כדאמרינן ב"ב (דף ל"ח ע"א) לא אמרו שלש שנים אלא כדי שיהיה באספמיא יחזיק שנה ילכו ויודיעוהו שנה וכו'. דא"כ אכתי אם נאמר דסגי אפי' בפחות משנה כגון לאחר ירח ימים ד"מ [כהא דמלינן גבול זה בהוחזק שמו בעיר וכן לענין איסור ערוה. עיין אה"ע סי' י"ט וסי' ק"כ ס"ג] דא"כ אמאי עכבו שנה שלימה יגידו לאחר ירח ימים את טעמם וממילא שיחזיקו כולם הקרובים והרחוקים בתקנתם בשוה טרם שיגיע אליהם טעם הדבר, דוק ותשכח. [ואין זה הכרח כל כך]:

איברא לקושטא דמילתא לא נראה כלל לתת קצב גדול כזה. דא"כ איזהו גבול לגזירה ותקנה שהוא רק על שנה א' או פחות מזה ומדוע לא נמצא בא' מן הפוסקים להשמיענו כזאת:

לכן מחוורתא דמילתא דנחשב הכל משעת שמיעה וכהא דמלינן גבי גר קטן דאם הגדילו יכולין למחות. ובאם הגדילו ועברה שעה אחת ולא מיחו שוב אינן יכולין למחות, ועיי"ש כתובות (דף יא ע"א) בתוד"ה לכי. ועיין ר"ן שם דלחד תירוצא אפי' בלא מעשה כלל. ובאידך תירוצו ס"ל כדעת תוס' שם דדווקא היכא שהתנהג עצמו בשעה זו בהנהגה יהודית [וכ"פ בש"ע יו"ד סימן רס"ח סעיף ח'], וממילא מובן ומסתבר מילתא דלענין קבלת תקנה וגזירה גם לאידך תירוצא סגי בשמיעה ושתיקה לחוד והתם שאני דאם לא התנהג את עצמו כל דהו בדת יהודית הרי עודנו לא נעשה ענין מחודש מהשגדיל. ומעשה קטן מידי משהא אית ביה, אבל הכא כיון ששמעו ולא מיחו הוי כקבלה בפירוש. איברא עדיין אין הדבר מוכרח לגמרי ואולי גם לענין זה בעינן שמי שיתחילו להתנהג ולפרוש מדבר שגזרו עליו:

ו **עתה** נשכילה בדרך תמים. היכא דחזינן השתא דלא נתפשטה ברוב ישראל, אבל לא נודע הדבר אם מתחילה לא קבלו עליהם ודינו לכל דבר כאלו לא נתפשטה. [ולדעת תוס' הנ"ל באות א' ודעת ראב"ד הנזכר באות ג' סגי אפי' בקטנים מהם להתירו, ולדעת רמב"ם באות ב' אינו צריך התרה כלל] או דילמא מספיקא אמרינן דהשתא הוא דעברו. אבל מתחילה נתפשטה. [ולדעת תוס' ורמב"ם צריכין דווקא לב"ד הגדולים מהם בחכמה ובמנין, ולדעת ראב"ד אפי' ע"י גדולים מהם בחכמה ובמנין לא מהני מידי]:

והנה מצד הסברא נראה דדנינן להו מספיקא כאילו לא נתפשטה מעיקרא, דהרי במקוה דנינן להו כוודאי ומטמאין להו אפי' בר"ה משום תרתי לריעותא כדאיתא בריש נדה. אע"ג דחזקת מקוה מנגדן. והכא דאיכא חזקת כשרות דעדיפא. [עיין בש"ע חו"מ משפט (סי' ל"ד סעיף כ"ד) בשם ריב"ש היכא דהעידו עדים שראובן חייב ואח"כ באו עדים אחרים ופסלו להו, אבל לא ידעו אם קודם שהעידו ועדותן בטלה או לאחר שהעידו, דמוקמינן לעדים הראשונים על חזקת כשרות ועדותן עדות, אע"ג דאיכא הלא במקום תרתי שהרי השתא פסולין לפנינו וגם בהדי חזקת ממון דראובן, ולא דמי למקוה משום דחזקת כשרות עדיף טפי כמ"ש החמדת שלמה בח' יור"ד סי' ה'], והשתא אם נימא בנידון זה דהשתא הוא דעברו הרי יצאו מחזקת כשרותן, לכן נימא דמעיקרא לא קבלו עליהן ועודן בכשרותן. וגם הרי חזינן לפנינו שלא נתקשרו בכבלי התקנה ונימא כאן נמצא וכאן היה. ולהיפוך ליכא חזקה לפנינו:

איברא מדברי רש"י במס' ע"ז [דף ל"ו] הנ"ל גבי שמן דפירש להדיא דבדקו ומצאו שלא קבלו עליהם מתחילה, משמע דמספיקא דנין כנתפשטה:

וטעמא דמילתא דלא דמי למקוה. משום דהתם על הדבר הנידון השתא איכא חזקה וריעותא דהרי חסר לפניך. אבל בנידון זה אם נאמר השתא משום חזקת כשרות דידהו שלא קבלו עליהם מתחילה. הרי אתה מפקיע למפרע את אלו שנתקשרו באיסורן מתחילה ועד סוף ואתה מוציאן מחזקתן. לכן מאי אולמא דהאי מדאידך שהרי אם נחליט הדבר ונימא משום חזקת כשרותן דידהו דלא קבלו עליהם מתחילה. הרי אתה מפקיע ומחליץ את אלו שנהגו בו איסור מתחילה ועד סוף ותימא שבטעות החזיקו ונתיר להם את שהחזיקו באיסור עד הנה, נימא איפכא דאלו קיימים באיסורן ואידך הוא דעברו השתא אבל מעיקרא קבלו עלייהו. [ולא מיבעיא לדעת תוס' דאפילו היכא דלא נתפשט צריכין התרה מב"ד הקטן. ומשה"ט אזלינן לחומרא דמוקמינן להך על חזקתן שנהגו איסור עד עתה. אלא אפי' לדעת רמב"ם דל"צ התרה כלל האי גופא נידון כחזקה משום שנהגו איסור עד כה. והשתא אם נימא דלא נתפשטה ופקע איסורן מהיום והלאה וגם למפרע מחזקינן להו בטעותא]. ונהי דלא נוכל לדון כעוברי תקנתא משום חזקת כשרות דידהו. מ"מ לא נוכל לסלק האיסור מאותן שנהגו מתחילה ועד הנה, לכן מוקמינן לכל חדא וחדא בדוכתיה ועל חזקתו, כעין דמלינן בשני שבילין [פסחים דף י']. ועוד עדיפא נידון זה שהרי עיקרו של ר"י הנשיא גבי שמן לא היה רק אם להתיר או לא. אבל לא היה מגמתו לענוש את העוברים ומשה"ט הוא דלא התיר רק לאחר שנודע בבירור שלא קבלו עליהם מתחילה כמו שפי' רש"י. אבל מספיקא נקטינן לחומרא מה"ט שכתבנו:

וא"ל דאין זה חזקה כלל משום דאם נימא דלא נתפשטה. הרי החזיקו באיסור למפרע בטעות. ואינו דומה לשאר חזקות שאתה בא להוציאם עכשיו מן החזקה שנתחזקו מכאן ולהבא כגון חזקת אשת איש וחזקת פנויה וחזקת כשרות. דז"א שגם זה בכלל חזקה דמעיקרא. וכן מבואר להדיא ביבמות בריש פרק האשה רבה [דף פ"ח] דש"ס משוה להדיא באומר ידענא ביה דאיתשל מריה עליה להיכא שמעיד נגד חזקה מעלייתא אע"ג דע"י שאלה הותר למפרע ומשוי לי' לנדרו כאילו נעשה בטעות למפרע כמ"ש הר"ן נדרים [כ"ד ע"ב] ובכמה דוכתי, ואין לחלק לבין שאלה דצריכין למעשה ולשאול מיהת, כיון שהדבר מצוי לשאול דכל המקיימו כאלו מקריב עליו קרבן [שם כ"ב ע"א]:

ועוד ראיה מגיטין [דף כ"ד] באומר גוילין שלו לא עבדתי לשמן דאינו נאמן. ולרוב הפוסקים הטעם משום דעד השתא היה בחזקה. אע"ג דלדבריו נתחזק בטעות מוקמינן על חזקתה שהיתה עד כה:

איברא כבר כתבתי בזי"ר חלק ראשון [י"ד ה"ב סי' ז' אות ז' ט'] דע"א שאני שהוא משום דלא מהימנינן ליה נגד חזקה. ומש"ה גם בחזקה כזאת ג"כ א"נ. אבל בתרי ותרי דתוקפי' דחזקה שהוא משום שגם המכחישים הראשונים מודים מיהת שעד כה נתחזקה מיהת. רק דעתה נשתנה מחזקה ראשונה כשנים אומרים נתגרשה וכו' וכי"ב. אבל היכא דעל פי עדותן נתחזקה בטעות וא"כ איכא תרי ותרי על החזקה גופה שנתחזקה עד כה אז הוי ספק השקול. וראיה לזה מקידושין גבי ינאי [דף ס"ו] אילימא ב"א איסתבאי וכו' מ"ח וכו' אמאי לא מוקמינן לינאי גופא על חזקתו שנתחזק עד כה. א"ו דגבי תרי ותרי לא נידון כגון זה לחזקה משום שהרי מכחישים זה את זה בחזקה גופא והרי תרי ותרי כמאה. יעוי"ש [בזי"ר]:

ולפי"ז מובן היטב מ"ש בתשו' מהר"מ אלשקר בקידושי קטנה שיש לה אב במקומה ואחר איזה שנים אחר הנשואים באו שני עדים ואומרים שנתקדשה שלא מדעת אביה ובע"כ ושנים מכחישין אח"כ ואומרים שנתקדשה לדעת אביה. דדעת מהר"י דדמי לשנים אומרים נתגרשה וכו' ומוקמינן על חזקת א"א. ומהר"ם אלשקר ס"ל דדמי לשנים אומרים נתקדשה ומוקמינן מדינא על חזקת פנויה. ולפי דברינו הנ"ל הדין בזה עם המהר"ם אלשקר דכיון דבחזקה שנתחזקה עד עכשיו מכחישים את עצמן מוקמינן לה על חזקה ראשונה שנתחזקה בודאי גם לפי עדותן. אולם בספיקא דמציאות כגון בנ"ד עדיין יש לפקפק בזה:

ונראה לפענ"ד דעיקר בזה הענין במאי שנולד הספק, דהיכא שהספק הוא בוודאי למפרע רק משום דלא נודע לפנינו עד השתא שכבר נתחזק לנו בהיתרא. בכגון זה בודאי לא אזלינן בתר חזקה דטעותא שהרי אם נודע לנו מיד הוי אסרינן מספק והרי בע"כ שצריכין לומר דמאי שנתחזקה עד השתא בהיתרא היתה בטעותא. הגע בעצמך לדעת הרמ"א ובד"מ יו"ד [סי' ל"א וסי' נ'] דהיכא שנולד ריעותא מחיים מוקמינן על חזקת איסור דמעיקרא ואסורה. הכי יעלה על הדעת לומר דזהו דוקא היכא שנמצא מיד לאחר שחיטה. אבל לאחר זמן שכבר נתחזקה בהיתרא נימא דמוקמינן אחזקת היתר ואפי' היכא שכבר נמכרה הבהמה וא"כ נמצא מים במוח ומספ"ל אם המוח מקיפו היתה ג"כ אסורה לדעת רמ"א. שהרי ידעינן בודאי שהחזקה היתה בטעות בבירור שהרי הספק הוא מחיים רק דאן לא ידעינן עד השתא:

איברא היכא שהטעות תלוי בלדדי הספק עצמו כגון בנ"ד דאם נימא דנתפשטה כאשר החזיקו עד עתה טרם שנזדקק רבי לתור ולדרוש א"ז נמצא שאותן שנהגו בו איסור גם עתה כדין עשו. רק שאחרים פרצו עתה אבל מתחילה נתפשטה ברוב ישראל. אבל אם נימא דמתחילה לא נתפשטה הרי גם אותן שנהגו באיסור היתה בטעות ומש"ה מוקמינן להו על חזקתן בחזקת איסור שהיה עד כה:

כי

כי היכי דלא נימא שהחזיקו בטעות שהרי הספק לא נולד עד השתא שנסתפק לרבינו הקדוש שרשה שלא נתפשטה ברוב ישראל שהרי עד כה היו מחזיקין דמסתמא נתפשטה ברוב ישראל כמו יין ופתן. ועיין בזה היטב:

ובזה יומתק לן יותר החילוק שבין ע"א כגון גבי גוילין שעבדתי שלא לשמן. ובין תרי ותרי גבי ינאי. וגם לפי חילוק זה ג"כ דברי מהר"ם אלשקר הנ"ל נכונים לדינא. וראיה נכונה לזה מדברי טו"ז [סי' א' סק"י] וש"ך שם [ס"ק כ"ב כ"ה] יעוי"ש היטב, תוכן הדברים דהיכא שנפל הסכין אחר שחיטה על קרקע קשה ולא נודע אם נפל על חודה ונמצא פגום דאסרינן מספק, והיכא שנאבד הסכין אחר שחיטה ואח"כ נמצא פגום דשרינן שהוא מטעם שכבר יצא הדבר בחזקת היתר לפנינו. משא"כ התם שהספק נולד עד שלא יצא עדיין בחזקת היתר. הרי אע"ג דאם נימא שהיתה פגומה בשעת שחיטה נמצא שהחזקה היתה בטעות. א"ו כיון שהספק לא נולד עד השתא. והטעות עצמו תלוי בלבדי הספק מוקמינן על חזקה שנתחזק לפנינו כי היכי דלא נתלה בטעותא. וז"ב דכ"ד דמי לדינו וחילוקו של הטורי זהב וש"ך הנ"ל:

ובעיקר הסברא שכתבנו שע"י חזקת כשרות דידהו אין להוציא המקיימים מחזקתן, כעין זה מצינו בתוס' כתובות [דף ע"ו] בסוגיא דרב אשי שם רישא מנה לאבא בידך וכו' לפירש"י שם דאין חזקת הגוף דידה מועיל לגבי אביה. ודעת לנבון נקל דעד כאן לא פליגי הראשונים שם בזה אלא משום שהיא ברשות אביה כשהיא ארוסה. ועוד שעיקר הנידון שם על הכתובה. והכא בנידון דידן הוא להיפוך כמובן:

ז **איברא** זהו דוקא גבי שמן דאם נימא דנתפשטה תו ל"מ להתירו אפי' ע"י גדולים מהם. והרי הם קשורים באיסורם עד לעולם מש"ה שפיר נכלל בכלל חזקה, ולהכי היכא דמספ"ל אם נתפשטה אסורים מספק וכמו שפירש"י, משום דחזקה דידהו עומד נגד חזקת כשרות דאידך. אבל בשאר תקנות וגזירות שלא עמדו ע"כ לדעת תוס'. או בכל הני דליכא סייג וגדר מלעבור על דבר תורה בקום ועשה דאף אם נתפשטה יש היתר לאיסורן על ידי גדולים מהם לדעת התוס' ולדעת הרמב"ם [זולת לדעת הראב"ד המובא באות ג']. ואם לא נתפשטה די להתירו אפי' בקטנים לדעת תוס', תו לא מיקרי חזקת איסור שנהגו כחזקה לגבי חזקת כשרות דאידך משום דבין כך ובין כך יש היתר לאיסורם וליכא נפקותא רק בין גדולים לקטנים, ועיין:

ח **ולפי"ז** [אשר] מוכח מדברי רש"י דגבי ספק השקול אזלינן לחומרא שהרי גבי שמן לא התיר רבי מספיקא דשמא לא פשטה. ומעתה נידון ממילא דגם בתחילתן צריכין השומעים לנהוג איסור מיד במאי שגזרו על רוב ישראל ואין ביכולתם להקל מספיקא דילמא לא נתפשט אח"כ ברוב ישראל. וראיה נכונה לזה ממס' ע"ז [דף ל"ה] שלא גילו את טעמם רק אחרי שנה. כי היכי שיתחזקו בגזירתם עד שלא נגלה להם טעמם, והשתא מאי הועילו בזה, הא אמרת דאין צריכין לנהוג בגזירתם עד שיודע להם שכבר נתפשטה ברוב ישראל וכ"כ לעיל [אות ה'] דעד שנה לא נתפשטה עדיין. וא"כ אכתי משעה שיתחילו באיסור כבר נודע טעמם. ויש להם מקום להתלבט ולחלוק עליהם. א"ו דצריכין לנהוג מיד כפי הגזירה. וכשיודע להם שלא נתפשטה אזי לדעת תוס' צריכין התרה מיהת מב"ד כל דהו ולדעת רמב"ם מותרים בלא התרה כלל:

ט **בתוס'** גיטין [דף ל"ו ע"ב] בסוף ד"ה אלא. וז"ל ומיהו בדבר שלא תקנו שיתפשט האיסור בכל ישראל וכו' גדול יכול להתיר ולא קטן. ודבריהם צריכין בירור. דזהו מילתא דפשיטא דלא הורע כחו שלא נתפשטה ברוב ישראל מכיון דמעיקרא לא תיקנו אלא במקומן. ועיין במהרש"א שהקשה שהיה להם להוכיח כן משמעתין דאמרינן דילמא כי תקין וכו' כגון בי דינא דר"א ור"א דמשמע דזה מיקרי פשט היסורו וגדול יכול לבטל ולא קטן:

ונראה דקאי אמ"ש לעיל דמעליותא דא"י דבר משום שמסרו נפשם עליהם דאזי אפי' אליהו וב"ד א"י להתיר דזהו דוקא היכא שהתקינו על כל ישראל אבל בדבר שלא תקנו אלא במקומם אפילו שיעמדו בנפשם עליהם אפ"ה גדול יכול להתיר, וממילא נשמע שגם לדעת הרמב"ם דס"ל דא"י דבר הוא מפני שעשו סייג לתורה זהו היכא שגזרו על כל ישראל. אבל בתקנה שהוא במקום אחד. אזי אפי במקום סייג גדול יכול להתירו. דמהיכא תיתי נחדש עוד לאפושי פלוגתא במקום שאינו מן ההכרח. וממילא נשמע דלדעת ראב"ד דתליא רק בפשטה ברוב ישראל. דזהו דוקא בתקנה שהתקינו על כל ישראל יחד. נמצא לדעת כל הפוסקים דבתקנה שהתקינו מעיקרא רק על איזה מדינות ולא על כל ישראל. ונתפשטה בתוכם ולא בשאר מדינות. אפי' במקום סייג ואפי' כשעמדו בנפשם עליהם. אזי גדולים מהם בחכמה ובמנין יכולים להתירו ולא קטנים. והיינו טעמא בחרם דר"ג מאור הגולה. ולפי שלא נמצא גדולים מהם מש"ה באיסורו קיימא. אע"ג דלא נתפשטה ברוב ישראל משום דמעיקרא לא תקין על כל ישראל:

י **והשתא** נגבב יחד בנידון דידן שעשאו תיקון גדול לבל יתייקר השער ולהשיל ממוכס ש"י ולמען שגם רוב העניים יהיה מצוי בביתם יין לקידוש ולהבדלה והרי זה כעין תקנתא דפרוזבול דהוי תקנתא לעניים ולעשירים. אע"ג שהיא רעה גמורה לאותן שכבר קבלו בהלואה מ"מ בטל הרע במיעוטו לגבי רוב טובה שיסתעף מזה מהיום והלאה לעניים ולעשירים. וממילא בכ"ד נמי אע"ג דלגבי הסרסורים היא רעה בהחלט ולגבי מקצת סוחרים נדמה להם לרעה מ"מ הוא רק מפני מניעת ריוח שלא כדין, שמה שהלין אחד מהם בעד הסרסורים שכבר נתנו (לטורקין) סך עלום על ענבים, נתברר אז ע"פ הודאת עצמם שלא נתנו רק על חמשה קינטאר והוא מעט מזעיר. ולא יגיע להם הפסד עי"ז. וגם הרבה מן הסוחרים חתמו א"ע מרצונם הטוב כי לקושטא גם לסוחרים עצמם הוא לתכלית טובה. וא"כ פשיטא דרוב הציבור יכולין לעמוד בהם. והשתא אם בפתן ויינן שמן רוב הציבור יכולין לעמוד בהם. ולקנות ענבים בזול לא יוכלו לעמוד בזה. וגם נתפשטה התקנה בכל העיר הנ"ל ע"י הכרזה בשמיעה וקבלת דברים וכמ"ש לעיל [אות ה'] וגם התחילו לעמוד באיסורם ע"י תחבולות רבות במשקל וכדומה לבל יגיע הקנין יותר מן השער. חוץ מא' מהם שפער פיו תיכף בבהכ"נ בשעה שהכריזו. ונמצא שנתפשטה התקנה ברוב הציבור יותר מירח ימים. ונמצא שאי איפשר להתירו רק ע"י עצמם או ע"י גדולים מהם בחכמה ובמנין. ואז ג"כ לא יחול ההיתר רק מן ההיתר והלאה. דהיינו מה שיקנו מן שעה שהתירו ולהלן וגם על היין שיש להם מכבר (כדאיתא בש"ע סי' רכ"ח סעיף כ"ו) ומקצתם שאמרו שהם לא קבלו בלב את התקנה מתחילה, לא הועילו בזה כלל שהרי אפי' כשנשבע שלא יכנס בכלל התקנה שיתקנו הרי זה שבועת שוא כמבואר ביו"ד (בסי' רכ"ח סעיף ל"ג), והמיעוט בטלים בע"כ לגבי הרוב אפי' כשהם גדולים בתורה יותר מן הרוב. כנודע מב"ש שהיו חריפים טפי אעפ"כ הלכה כבית הלל:

יא **גם** למש"ל (אות א' ג') דאפילו היכא שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בהם ולא נתפשטה ברוב הציבור מ"מ לדעת תוס' וראב"ד צריכין התרה מיהת אפי' מב"ד הקטן. וכבר נודע מה שכתבו רבותינו [במרדכי כתובות ס"פ נערה שנתפתתה מובא בסמ"ע חו"מ סי' כ"ה ס"ק י"ט, ועיין בתשו' מהרי"ק שורש כ"ב] דבכ"מ הלכתא כרב אלפס לבד במקום שהתוס' חולקים עליו מכש"כ לגבי רמב"ם שהוא תלמיד תלמידו ובפרט שגם הראב"ד מסכים בזה לדעת תוס', הגם שנראה שגם לדעת תוס' וראב"ד דמצרכו התרה מב"ד הקטן הוא לאותן שקבלו עליהן מתחילה, אבל לאותן שלא קבלו עליהם מתחילה והמה אינם מן המיעוט שיבטלו לגבי הרוב א"ל התרה, מ"מ היאך מלאו לבם להתיר פומבי לאותן שבאו לשאול מכלל דקבלו עליהם בשעת הכרזה. ועוד שהרי לקושטא דמילתא לא כן הוא, ולא מיניה ול"מ דפשיטא דרוב הציבור יכולין לעמוד בשער הזול וכבר נתפשטה התקנה יותר מן ל' יום. דפשיטא דמקח השלישי שנעשה אין זה גזירה מחדש דמשום שינוי השער לא נתחדשה הגזירה דזמן ממילא קאתי וכבר התחילה תיכף משעת הכרזה והלאה. וא"כ צריכין שהם עצמם יתירו דגדולים מהם בחכמה ובמנין בלתי איפשרי לאשכוחי עוד:

גם מה שכתבו בשם כה"ג דקבלת רוב חתימות מכל א"א לחוד לא נחשב לרוב. זה פשוט דזהו בדבר שיש בו שיקול הדעת. וא"כ אפ"ל דאולי על שלא שמע טענות המיעוט הסכים להיפוך. אבל בדבר שנראה בעליל שאין בהם לד טובה פשיטא שאין חילוק אם היו בקיבוץ יחד או לא:

ועיין במס' שביעית (פ"ז משנה ד') שהתקינו חכמים על ציידי חיה עופות ודגים. ועיין סנהדרין (דף כ"ו) משרבו האנסין התירו משום ארנונא

ארנונא. וא"כ לכאורה יש לפקפק על מ"ש דדברי כה"ג ל"ש כאן. דזה אינו דהתם לא התירו אלא משום מסים וארנוניות כמ"ש הרע"ב ותוס' (ריש דף כ"ו) שם אבל במדינתנו דל"ש טעם זה פשיטא שאין לסלק זכות רבים משום חשש מניעת ריוח שלהם:

יב **אולם** נראה לפענ"ד להקל מצד אחר. דאע"ג שפשטה בכל הציבור ויכולין לעמוד בו משעה שהתקינו והלאה מ"מ יש לו היתר ע"י ב"ד הקטן מהם. והוא שאין תקנה הזאת כשאר תקנות שכל אחד אינו נקשר בחבירו שגם אם יעברו רובם מ"מ המיעוט יכולין לעמוד באיסורן שקבלו עליהם. אבל בנידון זה שבאם יעברו רק מיעוטא דמינכר שוב אין רוב הציבור יכולין לעמוד בהם שהרי המה יקנו את כולם ורוב הציבור יעמדו בלא יין לקידושא ואבדלתא. והיכא שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בו גם לדעת התוס' מהני היתר אפי' ע"י ב"ד הקטן. וא"ל דזה דמי לנולד ואין פותחין בנולד, חדא שבעוה"ר בדורנו שכיח טובא שהמיעוט יפרקו עולם מכיולא בזה. בפרט ע"י הסתת הסרסורים שיאמרו שכבר עברו הגדולים מהם. וכל מידי דשכיח ילא מכלל נולד, עיין נדרים (דף כ"ג ע"א) א"ל האי לאו נולד הוא וכו' שם (דף ס"ד ע"ב). ר"ן בשם הירושלמי ועניות לאו נולד הוא אר"ז הענייות מלוי:

יג **עיין** ב"ק [דף קמ"ז] בתוס' ד"ה אדעתיה וז"ל ל"ד וכו'. ודבריהם בתירולם מרפסין איגרא. ובימי חורפי פירשתי דבריהם וקלסוהו רבנן. שהר"ן פי' בכ"ד דכל היתר נדרים ע"י פו"ח משום דמשוי להו כנדרי טעות ומ"מ לריכין לשאלה כיון דלא מוכח כ"כ מגוף הנדר עלמו. והשתא כיון דאין פותחין בנולד הרי דכל דבר הנולד לא משוי ליה כטעותא למפרע. ומש"ה גבי רב ספרא דהדר ליה חמרא ולא אכלי' משום שכבר היה שבע ונמלא שהפקירו בטעות למפרע דאיגלאי מילתא למפרע שהיה שבע גם בשעה שהשליכו לפניו. אבל המליל מן ההרי דנולד הוא לא משוי ליה כטעותא למפרע דכל היולא מהיקש הטבעי לכ"ע ל"א איגלאי מילתא למפרע. ודבר שיש בו הי' יוכיח דלא הוי יאוש למפרע לכ"ע [ברים פ' אלו מליאות]:

יד **ולאחר** כל הפרטים שביארנו עד כה נלפע"ד ברור לדינא שאין להקל בזה רק מכאן ולהבא ע"י היתר ב"ד של ג'. שגם אם ימלא מי שיתעקש במ"ש [באות א'] דלדעת תוס' אפי' בתלתא לריעותא שאין רוב הליבור יכולין לעמוד בו ולא פשטה וגם ליכא סייג אפ"ה לריכין היתר ב"ד כל דהו. ויאחז דבריהם בפשטא. והוא דדוקא בדלא פשטה לחוד הוא שכתבו כן אבל בדבר דאיכא ת"ל בהדדי הדדי לא, מ"מ בכ"ד ליכא ת"ל כיון שפשטה ושוב לא נשאר פולה פה רק דאולי כיון שנסתיים מילתא שפרלו מיעוטא דמינכר שוב אין רוב הליבור יכולין לעמוד בו וכמ"ש [באות י"ב]. וזה עדיף מלא פשטה וא"ל היתר כלל, זה לא ניתן להאמר שהרי מבואר בגמרא דאפי' היכא שבשעת הגזירה לא היה רוב הליבור יכולין לעמוד בו דינו שוה ללא פשטה עיי"ש [דף ל"ו סוף ע"א] ישבו רבותינו ובדקו על שמן שלא פשטה וכו' וסמכו רבותינו על דברי רשב"ג וכו' שהיו אומרים אין גוזרין גזירה על הליבור אלא א"כ רוב הליבור יכולין לעמוד בו. ועיין גיטין [דף ל"ו] בתד"ה אלא במסקנת דבריהם לאחר שהביאו מירושלמי דגבי שמן היה רוב הליבור יכולין לעמוד בו רק דלא פשטה. וכיון שסמכו רבותינו ללמוד דינו דל"פ מן שאין רוב הליבור יכולין לעמוד בו ש"מ דלא עדיף מלא פשטה. וכיון דבלא פשטה כתבו להדיא דלריכין להיתר ב"ד ש"מ דה"ה באין רוב הליבור יכולין לעמוד בו:

בן נראה לפענ"ד ברור וכל מעיין שישפוט בלדק יודה לדברינו. וכל הרולה להשיב יבוא וישיב ויכתוב אלי ויראה בעלמו אם ניתן לכתוב אם לא. ואם יהיה ממש בדבריו אודה על האמת ולא אבוש. פה קרתא דשופריי' ירושלים עיר הקדש.

יום ד' י' מרחשון חי"ל.

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זלה"ה.

אח"ז כתב חכם אחד משם להתעלם על זה שאינו לריך התרה כלל. וכתב דלהכי תקע עלמו להלכה להתיר לעלמו ולסיעת מרחמוהי, משום דמתחילה היה בקיבוץ יחד עשרה תלמידי חכמים. וגם הוא עלמו היה בתוך הוועד. והסכימו כולם לעשות איסור לבל ליתן יותר מן המקחים שקלבו. ועתה הוא שלריכין לחקור מקדם על המקחים אלל הבקיאים בזה. כי אולי גרעו או הוסיפו. והנה שני החכמים שטרחו בזה לשם שמים לבל להפסיד ממונן של ישראל. חקרו היטב את"כ אלל הבקיאים בזה. ואמרו שיכולים לעמוד בזה השער. ועל סמך זה כתבו כתב איסור וליוו להכריז בבתי כנסיות ובתי מדרשות על סמך שכבר הסכימו כולם על האיסור הזה. ודעת החכם הנ"ל כיון שכבר בטל הוועד הראשון היה מן הדין שיתקבלו יחד מחדש ושלא כדין עשו שליוו להכריז מדעתם:

אבל טעמם של הב' רבנים הנ"ל כיון שכבר הוסכם מתחילה ולא הי' חסר אלא לידיעת המקחים וכיון שנתברר אזי ממילא הוועד הראשון כדקאי קאי:

והשבתי לו דיותר מזה מלינו להדיא דבדבר דלא הוי אלא גילוי מילתא לא נתבטל וועד הראשון. עיין כתובות [דף כ"ב ע"א] גבי שלשה שישבו לקיים את השטר. וחתמו שנים מהם ועד שלא חתם השלישי קראו עירעור על השלישי שהוא גזלן עפ"י עדים ובאו עדים והכחישום. שכיון דבדינא מוקמינן על חזקת כשרות לא הוי אלא גילוי מילתא בעלמא ולא נתבטל וועד המושב. מכל שכן בנידון דידן שהוא רק ידיעה בעלמא. דלא נתבטלה בזה וועד הראשון. ועיין בתוס' שם ד"ה תרי ותרי בפירוש ר"ח:

סימן כד

בדיני ס"ת

ע"ד אשר שאל בסופר שכתב את השם בכוונה לחוד לשם קדושה ולא הוליא בשפתיו:

א **הן** ידוע לכל מעיין בלדק דאנן פסקינן כרב חסדא [גיטין דף כ'] דכתב עליון אינו כתב אפי' היכא דעלויי עלייה בכתיבה שניה. עיין בש"ע אבן העזר [סי' קל"א סעיף ה'] וב"ש שם. איברא בעיקר הדבר סמכתי על כ"ת שכ' שהוא שעת הדחק ולורך גדול והירוש לדבר מלוה נוכל לסמוך ולהתיר ע"י שיעבור בקולמוס לשם קדושת השם משום ספק ספיקא. חדא דילמא די בכוונה לחוד. ואינו לריך לומר בשפתיו. וכן נראה להדיא דעת הרמב"ם פרק א' מהלכות תפלין הלכה ע"ו. עוד שם פרק י' הלכה א' אות י"א יעוי"ש היטב. ואם תמלא לומר דלריך לומר בפירוש. דילמא הלכה כרב אחא בר יעקב בגיטין שם. והוא דעת הר"ח [מובא ברשב"א שם דף כ' ע"א ד"ה ולענין. ובש"ע אה"ע סי' קל"א סעיף ה' בשם י"א] דפוסק כן דגם רבנן לא פסלו אלא רק לכתחילה משום דכתיב זה אלי ואנוהו. אבל בעלמא בדיעבד כגון היכא דלא איפשר בתקנתא אחריתי סברי רבנן דהיכא דעלויי עלייה בכתב השני כגון שבכתב הראשון לא כתב לשמה והעביר עליו הקולמוס לשמה אזי כתב עליון הוי כתב. ודוקא התם בכתב יהודה משום דאית ליה תקנתא אחריתי למחוק את השם לגמרי כדאיתא להדיא במס' סופרים [פרק ה' הלכה ג'] כיון דנתכוין לכתוב תיבה אחרת לגמרי. אבל היכא שכתב את השם בלא כוונה. דמ"מ אסור למוחקו. כמו שכתבתי בזי"ר חלק ראשון [י"ד סי' ג' אות ח'] בשם תשובת חוות יאיר וס' בני יונה. אזי לרב אחא בר יעקב גם אליבא דרבנן מעביר בקולמוס ומקדשו:

וסמכתי להתיר משום דהוי ס"ס. ובפרט שכמעט מכל הפוסקים משמע דמספקא להו להלכה בגט שנכתב שלא לשמה והעביר עליו בקולמוס לשמה, רק הרמב"ם ז"ל הוא מראש המורים בזה דאינו גט כלל. דפוסק לגמרי כרב חסדא דכתב עליון אינו כתב כלל (בפרק ג' מה' גירושין הלכה ד') ולדעתו הגדולה ליכא שום פסול בכ"ד דלדעתו די במחשבה לבד. ועיין ריטב"א סוכה (דף ד' ע"א) ד"ה תנן ובטלו דא"ל להוליא בפיו. וע"י בש"ך חשן משפט (סי' רס"ט סק"א) הרי בכל דבר שהוא בינו לבין עלמו ועשה מעשה עפ"י כוונתו די במחשבה לבד. והגם שאין בידינו להכריע בזה הלכה גמורה בפלוגתא שבין הפוסקים. אבל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא והוי ס"ס להכשיר [ועיין מ"ש בזי"ר שם אות ג' ד']:

ומצאתי ת"ל און לי בתשו' מרן הגאון מורע"א זל"ל [סי' ע'] שהמליא שם כעין ספק ספיקא זו יעוי"ש:

ב **איברא** מה שכתב התשו' רע"א ז"ל אח"כ דמ"מ מיפסל מדרבנן

מדרבנן משום מנומר והו טעמא דרבנן דסברי דאין השם מן המובחר ותו ליכא ספיקא דילמא נתקדש מעיקרא דמ"מ כשהעביר הקולמוס מיפסל משום מנומר יעוי"ש. ולפענ"ד נ"ל לחלק בזה בין אזכרות לשאר תיבות שבס"ת דלא מיפסלו בהעברת הקולמוס משום מנומר רק בג' וד' בעמוד א'. גם נ"ל לעשות פלוגתא חדשה בזה בין ר"י לרבנן דלר"י לית ליה משום מנומר באזכרה א' ולרבנן אית להו, ועיין בזי"ר חלק ראשון (חלק יו"ד ה"ב סי' ג' אות ט') שהבאתי ראיה ברורה לזה מדברי טור יו"ד (סי' רע"ו) עי"ש. לכן נראה דגם לרבנן לא מיפסל משום מנומר רק לכתחילה משום דמתחילה נכתב שלא לשם קדושת אזכרות ואית ליה תקנתא דעדיף מיניה ע"י מחיקה. ואולי גם דעת המחבר כן הם. ועיקר טעמא משום דאית ליה תקנתא דעדיפא מיניה שהמציא שם בתשו' זו:

סיומא דמילתא היכא דאיפשר לסלק היריעה ולכתוב מחדש. אזי הדבר חובה להשתדל ולהתאמץ בזה. שכבר אמרו ר' יוחנן ור"ש לקיש בהאי שמעתא דגיטין (דף י"ט ע"א) וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה. אולם היכא דלא איפשר כלל. יש לסמוך בשעת הדחק להכשירו לקרות בו בכל שבתות השנה, רק בפרשת זכור וגם בפ' פרה שהם מדאורייתא לכמה פוסקים (עיין במג"א סי' תרפ"ה) לא יקראו בו עד שיחזרו על יריעה אחרת:

יום י"ב אלול תרי"ד לפ"ק קוטנא.

ידידו הדו"ש הק' **משה יהודה ליב.**

סימן כה

בדיני מעשר שני

בעזה"י פה עיה"ק ירושלים תובב"א.

להרב הגדול מוהר"ר שמואל העלער נ"י בצפת עיה"ק תובב"א,

בדבר מעשר שני שאין בו שוה פרוטה ונוהגים לחלל אותו על פרוטה,

א **והנה** ראיתי שעל דבר אמת התילב מעכ"ת. והדין דין אמת כאשר כתב בראשונה שפחות מש"פ לא נתפס פדיונו. ומן הנכון לאבד את המעשר במקום שלא יהי' למכשול ולפוקה. או על מטבע גדולה אשר כבר חולל עליו לפחות מש"פ כאשר כתב מעכ"ת. כי עלי (פארעֶם) אפי' על כו"כ לא נתפס הפדיון כלל. כיון שכל א' וא' אין בו כסף כשיעור פרוטה. דיהא כאסימון. וכן מבואר ברמב"ם (בפ"ד מה' מע"ש ה"ט) עיי"ש בכ"מ, ומבואר בירושלמי בפ"ז שם. גם מה שכתב כת"ר להמציא לדעת הראב"ד וסייעתו. דמע"ש שאין בו ש"פ. או למ"ד שאין בחומשו שוה פרוטה (בב"מ דף נ"ג ע"ב) הוא מדרבנן. והסביר טעמם ונימוקם עפ"י דברי תוס' מכות (דף י"ט) בד"ה אומר. נכון הוא וראויים למי שאמרם ונהניתי בזה:

איברא מה שכתב דרמב"ם ס"ל בין למ"ד שאין בו ש"פ ובין למ"ד שאין בחומשו ש"פ. הוא שאינו מוסיף חומש. מגזירה שוה זו לא ידענו. הגם שהרמב"ם פי' כן למ"ד שאין בחומשו. ופוסק כן (בפ"ה מה' מע"ש ה"ד). אבל למ"ד שאין בו. אין מן הסברא לומר כן. ואדרבא מסתברא לפרש כפשוטו. או כפירש"י ותוס' שם שלא נתפס פדיונו. או כפי' הראב"ד שמעשר עצמו שאין בו ש"פ לא חייל מדאורייתא. וכן הוא להדיא בתוס' ב"מ (דף נ"ג ע"ב) ד"ה אין בו:

ועיי"ש שהקשו דעפי הו"ל למידרש דאינו מוסיף חומש. וצריך ביאור קצת דמנא להו להקשות דילמא לקושטא כן. וכאשר פסק הרמב"ם לדינא. ונ"ל דקשה להו דא"כ אמאי אמר הוא וחומשו. כקושיית ריטב"א ותירוצו שם שהוא מדרבנן. כיון דלא איכפת ליה ואינו מפסיד כלום אומר הוא וחומשו מחולל על מעות הראשונות. ודברי ריטב"א אחד הם. ובראשונה קיצר דבריו. ומרמז על מה שכתב אח"ז. וכתב שם ומדרבנן הוא דקאמר. כוונתו ג"כ בתיבת דקאמר. הוא כיון שאינו מפסיד מחדש רק אמירתו לבד. שהרי מחללו על מעות הראשונות שכבר חילל עליהם. לכן אומר הוא וחומשו. וזה פשוט:

ב **ומה** שתמה על שלא הביא הרמב"ם כלל דין מע"ש שאין בו ש"פ. ומש"ה עלה ע"ד מעכ"ת. דאולי ס"ל להרמב"ם שיכול לחלל על פרוטה שלימה. והאריך קצת בזה. לא נראה לפע"ד. שהרי מבואר ברמב"ם (פ"ה ה"ו) וז"ל הפודה מע"ש ביותר על דמיה לא נתפסה התוספת למעשר עכ"ל. ועיי"ש בכ"מ וכ"ה להדיא בירושלמי. ואף דכמה פוסקים בש"מ שם דסברי. דכשם דאיתא במע"ש שוה מאה שחילל על פרוטה מחולל כן נמי להיפוך. זהו היכא שחייל מיהת על ש"פ. כיון דחייל מדינא על ש"פ שהוא כסף של תורה חייל נמי על כולו דאין אונאה להקדש. אבל על פחות מש"פ דלא חייל כלל פדיונו. לא נתפשטה גם על כל כסף שבעולם. דוגמא לזה האומר רגלה של זו עולה כולה עולה. והאומר קרנה של זו עולה לא חייל כלל:

ובעיקר הדבר בדין מע"ש שאין בו ש"פ. נראה, דנלמד ממה שכ' הרמב"ם (פ"ח שם ה' י"ד) וז"ל המניח דינר של מעשר להיות אוכל כנגדו והולך כיון שאכל עליו עד שלא נשאר ממנו אלא פחות מפרוטה יצא לחולין, בד"א בשל דמאי אבל בשל ודאי אין יוצא לחולין עד שישאר ממנו פחות מש"פ אחר שמוסיפין את החומש. כגון שנשאר ממנו פחות מד' חומשי פרוטה עכ"ל. והיא משנה מפורשת בפ"ד דמעשר שני. ואם בסוף הקדש של מע"ש דינו כך. מכש"כ בתחילתו. שסוף דינו של הקדש חמור לעולם יותר מתחילתו [עיין עירובין (דף ל"ו ע"א) ככר זה היום חול ולמחר קדש]. הגם דבסוף הקדש בעינן שיהיה פחות מד' חומשי פרוטה. והכא בתחלת הקדש אפי' בפחות מש"פ כל דהו, נמי. זהו דתחילתו שאני שאין בו דין חומש כלל כ"ז שאין בחומשו ש"פ לדעת רמב"ם. וגם בלתי איפשר ליתן יותר משוויו. כאשר פסק בפ"ה. וכמש"ל:

עיין ערכין (דף כ"ז) באחד שהקדיש שדהו מפני רעתה פלוגתא דר' יוסי ורבנן. ובתוס' ד"ה ר"י יעויין שם. הרי להדיא דפליגי דפלוגתא דאמוראי בסוגיא דפ' הזהב. [וצ"ע מדוע לא אמרו לימא כתנאי]. סוף דבר הכל נשמע כיון דפסקינן כרבנן. ממילא פסקינן כר"ל דאין בחומשו. גם מפרק הזהב (דף נ"ה ע"א) דהקשה הגמ' ניתני מעשר בפרוטה ובתוס' שם ד"ה כמאן דאמר אין וכו' דלמ"ד אין בו קשיא. ונתיישב קו' מדוע לא פסקו הפוסקים כר' יוחנן, כיון דסתמא דגמ' מתרץ כמ"ד אין בחומשו וכרבנן דערכין:

ועיין בלח"מ (פ"ה מה' ערכין ה"א בסוף הדבור) שהקשה על הרמב"ם דפסק דצריך לפדות בכדי שיהיה בחומשו ש"פ. ושם גבי מעשר לא משמע כן. ולדברינו הנ"ל ניחא. דגבי הקדש שאני בפרט זה. כיון שנתפס הפדיון ביותר משוויו. לכן כפינן ליה שיפדה בה' פרוטות אפי' כשאינו ש"פ. אבל במעשר שאינו נתפס על יותר משוויו כמש"ל. תו לא יועיל הכפיי' בזה. ומשו"ה אמרינן דאינו מוסיף חומש כשאין בחומשו ש"פ, ובתרווייהו בעינן שיהיה בחומשו ש"פ והא כדאיתא והא כדאיתא:

ג **עיין** גיטין (דף י"ב ע"א) בתוס' ד"ה פחות. ותוכן הדברים דרש"י ותוס' פליגי אם הקדש חל על פחות מש"פ. והקשו על רש"י דא"כ ליתני שם פרוטות. ולכאורה קשיא מדוע לא הקשו ממתני' דערכין הנ"ל שהקדיש שדהו מפני רעתה דהיתה הוצאה יתר על השבח [וכפירש"י שם]. דלא שווי' כלל. ואפשר לומר דשאני התם שהיתה השדה שלו מתחלה וכפינן ליה לפדותו בה' פרוטות הוי כאילו הקדיש מתחלה ש"פ. וכעין דמצינו ברמב"ם (פ"ז מה' ערכין ה' י"ד ט"ו) גבי המקדיש שדהו והיה עליו כתובת אשה ובע"ח דפודין אותו בדינר. ואינו גובה מן ההקדש משום דהקדש מפקיע מידי שיעבוד. אבל פודין בדינר אע"ג דשוה הרבה. משום דדמי כאילו אינו שוה אלא דינר כיון דהם יגבו מן הלוקח כמש"כ הרמב"ם שם מילתא בטעמא. וה"נ אמרינן להיפוך, אע"ג דבעצמותו אינו שוה כלום. כיון דכפינן לבעלים לפדותו, ה"ז דומה כאילו היה ש"פ בשעה שהקדיש. אבל גבי עבד שהקדישו הבעלים את ידיו דבשעת הקדש עודנו לא היה מלאכתו ברשות בעלים. פשיטא דלא כפינן ליה. שהרי לא ניתן דין כפייה רק על הבעלים. וכיון שלא היתה שלו מעולם אין בו דין כפייה כלל.

ואין להקשות מן מעשר שני עצמו דיש בו קדושת מעשר גם בפחות מש"פ לדעת רש"י ותוס' מדאורייתא. ויקשה לדעת רש"י דהקדש אין חל על פחות מש"פ, דשאני מעשר דקדושה הבאה מאליה, כדאיתא בכמה דוכתי קדושה הבאה מאליה שאני:

גם אין להקשות לדעת תוס' דסברי דיכול להקדיש פחות מש"פ. מן חילול

חילול מע"ש דאינו נתפס על פחות מש"פ. דהאי חילול מהקדש עצמו. כיון דקליפתא קדושתיה שנמשך עליה מקדושה ראשונה. מן קדושה ראשונה עצמו. כמ"ש הר"ן בר"פ בני העיר. דמשו"ה מהני ז' טובי העיר במעמד אנ"ש על הדמים ולא על הקדושה עצמו. עיי"ש סוף ד"ה ומאן דהוי והביא ראיה מלקוח בכסף מע"ש דיקבר. וכן הוא בדברי רש"י בקצרה בב"מ (דף נ"ג ע"ב) ד"ה יקבר וז"ל דקסבר לא אלים למיתפס פדיונו עכ"ל. הרי דגבי לקוח שהיא קדושה שניה קליפתא קדושתיה. ומשו"ה נמי לא חל על פחות מש"פ:

ונמצא אפשר לומר דס"ל להרמב"ם כפירש"י גיטין הנ"ל גבי עבד. וכבר מבואר עיקר הדין ברמב"ם (פ"ו מה' ערכין ה' י"ט) וכיון שעיקר הקדש אינו חל על פחות מש"פ, כש"כ הפדיון דקליפתא קדושתיה. ומשו"ה לא הביא בפסקים דינו של מע"ש שאין בו ש"פ. ולפי"ז יש לומר דלמ"ד שאין בחומשו לא צריך לרבויא דקרא כלל על מע"ש שאין בו ש"פ. כיון דאפילו קדושה ראשונה לא חיילא על פחות מש"פ מכש"כ הקדושה שניה, [ואין לומר דמכל מקום צריך קרא דאינו יכול לחללו על פרוטה. שהרי לדעת הרמב"ם לא נתפס היותר משוויו]. וכיון דחזינן דסתמא דגמרא אזדא כן בגיטין הנ"ל אפי' בקדושה ראשונה. ש"מ דס"ל דרבויא דקרא דכתיב ממעשרו קאי על אין בחומשו ש"פ. שהרי גבי שאר דברים אפילו אין בחומשו ש"פ מ"מ צריך להוסיף חומש. שהרי תנן במס' ב"ק (דף ק"ג ע"ב) גבי גזל עד שיתמעט הקרן על פחות מש"פ. וכן גבי נהנה מן ההקדש שוה פרוטה דמחייב חומש. שמע מינה דאפילו אין בחומשו לא איכפת לן:

איברא קשיא לי לדעת הרמב"ם דא"כ הדרא קושית הש"ס בב"מ לדוכתא. דליתני שש פרוטות מעשר שאין בו ש"פ. ומאי משני דס"ל כמ"ד שאין בחומשו. דהתם שאני שא"צ להוסיף חומש אבל היכא שאינו שוה פרוטה שלא נתפס פדיונו כלל לא נשמע מחומשו. וצ"ל דה"פ כמש"ל. דס"ל למ"ד שאין בחומשו דעל פחות מש"פ לא צריך קרא. דמילתא דפשיטא הוא. דגם על קדושה ראשונה לא חייל. כמש"ל לדעת רש"י. ותו לא קשה קושית תוס' הנ"ל. דכל דפשוט הוא מצד הסברא לא קתני. שהרי בירושלמי שם הקשה דליתני שש פרוטות שהקרקע נקנית בפרוטה. וצ"ל דגמרא דידן סברה דמילתא דפשיטא הוא דלא עדיף מקידושין. וכמו דאיתא התם גבי אבידה. וה"נ כיון דקתני גבי מעילה ה"ה נמי בתחילתו. איברא כ"ז ניחא לדעת רמב"ם דס"ל שאם מוסיף בחילוף על שוויו לא נתפס כלל, נמצא שאין שום חידוש דין במע"ש שא"ב ש"פ, אבל שאר פוסקים הביאו דס"ל כדעת רמב"ן ורשב"א בש"מ דנתפס על יתר משוויו. שפיר איצטריך לאשמעינן דאם המעשר פחות מש"פ שאינו נתפס על הפרוטה. ולפי"ז לשיטתם נסתלקה קושית התוס' בב"מ (דף נ"ג סוף ע"ב) בד"ה אין שהקשו דעפי הוה ליה למידרש דא"צ להוסיף חומש, ולמאי שכתבתי לא קשה על הגמ', דא"כ ניתני שש פרוטות ומע"ש בפרוטה, וא"ל דס"ל כמ"ד אין בחומשו, דמ"מ באין בו יש דין מחודש. משא"כ גבי חומשו. אבל מ"מ יסוב הקו' על המשנה גופא, וליתני נמי שהה ועיין, :

ד **ועתה** לפ"ד הנ"ל יש לחדש בסוגיא זו. דפליגי הפוסקים בתרתי, א' אם במע"ש שאין בו ש"פ חל עליו קדושת מע"ש מה"ת. וגם אם מתפיס ביתר משוויו אם חייל קדושת מעשר על החילול. ונראה לאחר העיון הזך דחדא בחברתה מישך שייכי. שהרי לדעתם דנתפס על יתר משוויו. צ"ל בטעמא דחזק' דמחלל על מעות ראשונות. אע"ג שכבר החליט כולו בקדושת מעשר בחילול הראשון. וכבר נתפס כולו דאין אונאה להקדש מפני דאמדינן דעתו דמסתמא נתכוין מתחלה על תנאי שבאם יקרה לפניו אח"כ מעשר שאין בו ש"פ או שאין בחומשו ש"פ שיהיה המותר לחולין כדי שלא יצטרך לטרוח להעלותו. ובאם לא יזדמן יהיה גם הנותר מעשר. וכן איתא להדיא בש"מ שם. ולפי"ז בע"כ צ"ל דגם המעשר עצמו שאין בו ש"פ או שאין בחומשו, הוא רק מדרבנן. דאת"ל דאורייתא א"כ תו לא יכול לחללו על מעות ראשונות. דהא בדאורייתא פסקינן דאין ברירה. אבל לדעת רש"י ותוס' ורמב"ם דסברי דלא נתפס על יותר משוויו. שפיר אמרינן שהוא מדאורייתא ואפ"ה יכול לחלל על מע"ר שהמותר לא נתפס בקדושת מעשר בראשונה. אע"ג דנתן מתחלה שיהיה כולו למעשר:

ה **ועתה** נליגה כה ליישב דעת רש"י בקושית הגמ' בשלמא למ"ד אין בחומשו היינו דקתני דיו וכו'. ואין הכנס לדברי קדשו. ולכן הריטב"א נטה מדעת רש"י בזה וע"ש, ואמרתי לפרש, דלמ"ד אין בו. הרי עיקר החסרון משום דמי החילול שכל שהוא פחות מש"פ לאו כסף הוא ולהוסיף אין בידו. ומשו"ה מסתברא מילתא דעל מע"ר שכבר נתפס עליהם קדושת מעשר בשויין יכול לגרור גם את שאין בו ש"פ בהדיה. כיון שמטבע זו כבר נתפס בקדושה. אבל למ"ד שאין בחומשו הוה רבותא טפי דקסלקא דעתין לומר שהחסרון הוא מחמת המעשר עצמו. כיון דגילתה רחמנא ממעשרו. דכל שאין בחומשו ש"פ לא נפדית. נראה בעליל דלאו מחמת מטבע של חילול הוא. שהרי יכול לחללו על כסף של תורה. ואי משום החומש הא החומש אינו מעכב ויחללנו בלא חומש. אלא בע"כ צ"ל דגזיה"כ הוא שכל שאין בחומשו ש"פ לאו בר חילול הוא. ואם כן הוא, גם על מע"ר אינו יכול לחללו. קמ"ל דעיקרו הוא מ"מ משום החילול. ואע"ג דאין החומש מעכב זהו כשראוי לחומש. אבל כל היכא דאינו ראוי מעכב. [כמו כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת וכו']. ומשו"ה מחלל הוא על מע"ר שכבר נתפס בקדושת מעשר ויכול להתפיס גם על החומש. [ועוד הארכתי בזה בדין ביטול של מע"ש בפסקי הרמב"ם בזה וא"כ"מ]. האכתי בזה להפיק רצון מעכ"ת יד"כ.

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה.

סימן כו

בדיני טומאת כהנים

בעזה"י פה ירושלים עיה"ק תובב"א.

נשאלתי מאת יד"כ הרב הגדול החריף והבקי מוהר"ר שמואל סאלאנט נ"י מפה עיה"ק ירושלים ת"ו. לחוות דעתי בנידון טומאת כהנים על קבורת רחל אמנו. ולדעתו נראה לאסור חדא דספיקא דאורייתא הוא מחמת מחלוקת ר"ת ורמב"ם [בב"מ דף קי"ד ע"ב תוד"ה מהו שיסדרו וכו' ורמב"ם פ"א מה' טומאת מת ה' י"ג]. ואפי' לדעת הרמב"ם יש מקום לומר דבקבר שקודם הדבור מודה. כדאיתא בתוס' נדה [דף ע'], ועוד כמו שכתבו תוס' ב"ב [דף נ"ח] גבי קבר אדם ואברהם אפשר לומר דכל האבות והאמהות כי"ב [וא"כ איכא ס"ס להחמיר]. גם המתירים סמכו א"ע על דברי הראב"ד [פ"ה מה' נזירות הל' י"ז] דטומאת כהנים בזה"ז דרבנן. והשיב ע"פ דברי דגול מרבבה [סי' שע"ב] שגם לדעת הראב"ד אסור מדאוריי' אלא שאין לוקין עליו. ע"כ הוכן דבריו:

א **והנראה** לפענ"ד בזה שהדבר ברור לאסור. דעיקר הדבר תלוי בפי' מתני' דאהלות [פי"ח מ"ז] גבי מדור הכותים. דלדעת רוב גדולים מרבותינו הקדמונים ז"ל פירשו משום טומאת אהל. הלא הם הר"ת והר"ש והרא"ש והרע"ב שם יעויי"ש. והרי לדעתם סתם מתני' דלא כר"ש. זולת רש"י פסחים [דף ט' ע"ב] שפי' דגם לר"ש ניחא לענין מגע ומשא. ועיין בתוי"ט שם שכתב דדחיק' טובא לפרש כן. ועיין רמב"ם [פי"א מה' ט"מ ה"ז]. שילא לפרש במילתא חדתא דמדור הכותי בארץ ישראל עשאוהו כארץ העמים ולא משום טומאת אהל. מזה נשמע דכל הפוסקים דפירשו משום טומאת אהל פסקו דלא כר"ש. ועיין בתשו' רשב"א [בסי' תת"ל] שפסק כן לדינא. ומביא ג"כ בשם מורו רמב"ן שפסק כן להלכה למעשה במרחץ שמת כותי שם. ואסר לכהנים לרחוץ משום טא"ה:

ועוד נראה דגם רבינו אלפסי ס"ל כדעת ר"ת. שהרי לא הביא בהלכות טומאה דברי ר"ש. ומביא שם בדף א' על טומאת כהנים. הא דאיתא בפ' כילד. ובנו הוא לכל דבר חוץ ממי שיש לו מן השפחה ומן הכותית. ואמרינן למאי הלכתא ליורשו וליטמא לו ומשמע מפשטא דשניהם שווים לענין טומאה. ואם איתא דכר"ש ס"ל הרי רחוקים המה זה מזה דולד שפחה אם מטמא בטומאת אהל לוקין עליו שהרי הוא כישראל גמור לענין טומאה. כדאי' פסחים [דף פ'] גבי שפחת המליך [ובתוס' שם ד"ה בשפחתו בסופו דאפי' אם נאמר דשל גבירתה היה וכו'. ומכ"ש באם שלה היה]. ובולד הכותי רשאי לטמא באהל. אלא שאינו מחויב מפני שאינו בנו. ויש להתעקש בזה:

ובעיקרא

ב **ובעיקרא** דמילתא לדינא נראה. דהרי הדבר מוכרח להוקימתא ראשונה ביבמות [דף ס"א] דלא מחלקי' לר"ש בין מגע ומשא לטומאת אהל. בע"כ צ"ל דבאחת משתים מודה ר"ש. או בקבר דלפני הדבור. כמ"ש תוס' נדה [דף ע' ע"ב], או משום דאבותינו ואמותינו שאני כאשר יתבאר. ואין לומר דלאחר שחידשו התוס' בבא בתרא [דף נ"ח] דשאני אברהם דכתיב בי' האדם דווקא אברהם וזרעו אבל לא האומות. דא"כ הא קיי"ל דהולד כמותה. וא"כ היה צריך יוסף לגרור אחרי אמו והוה ליה דין ב"נ. א"כ גם לרבינא מהיכא תיתי נעשה פלוגתא חדשה ביניהם בזה. ואילו דידי שהרי הלכה מרווחת בפ"א דכלים דטמא מת מותר במחנה לויה. ואיתא שם בתוספתא מובא בפסחים [דף ס"ז ע"א] ובסוטה [דף כ' ע"ב] ולא עוד אלא אפי' מת עצמו שנא' ויקח משה את עצמות יוסף עמו. ומאי ראיה מיוסף שהיה לפני מתן תורה. אלא משום דאבותינו המצויינים יצאו מכלל ב"נ לגמרי. [ועיין נדה [דף כ"ז] ד"ה ובנה א"ל שדחקו לתרץ לר"ש אליבא דאוקימתא דמעיקרא. ועי' נזיר [דף נ"ד] ד"ה או בקבר שתירצו שם דסוגיא דהתם אזדא להוקימתא ראשונה ודלא כרבינא]. וכיון שכן גם לרבינא דפסקי' כוותיה לא נדה מזה:

עוד יש להביא ראיה דאפי' לר"ש בן נח שלפני הדבור מטמא באהל וכדברי תוס' נדה [דף ע'] מדאמרינן בזבחים [דף קי"ג ע"א] דדייקינן מקרא דארץ לא מטוהרה דפליגי ביה ר"י ור"ל. דחד נקט לה בלשון תימה וחד נקט לה בפשטא. ובין למר ובין למר מטמאי מתי דור המבול. [ועיין רש"י שם ד"ה ר"ל דנקט דהשקעו מתי המבול ומטמאת הארץ משום אהל המת]. וא"כ לא מיבעיא לאידך אוקימתא דיבמות דלא מחלקי בין טומאת מגע ומשא לאהל. בע"כ צריכין לחלק אליבא דר"ש בין שלפני הדבור לאחר הדבור. דאל"כ איך יפרש ר"ש האי קרא דארץ לא מטוהרה, ולאחר דחזינן דיש לחלק בין לפני הדבור לאחר הדבור. א"כ י"ל דאפי' לאוקימתא דרבינא נמי יש לחלק הכי דמהיכא תיתי להשוות ביניהם פלוגתא חדשה. וגם לרבינא יש קצת הוכחה דלפני הדבור שאני לפי' רש"י שם. גם נראה כדמות ראיה מב"מ [דף פ"ז] שרה אמנו פרסה נדה באותו היום. ואם בטומאת מגע דיהם כב"נ גם בטומאת נדה נימא כן:

ג **גם** מה שתלו עצמן בשריותא דקברי צדיקים אינו מטמא. כמאמר אליהו שנתעסק בקבורת ר"ע. נלע"ד פשוט דזה לא הוי רק בשעת קבורה ומשום כבודו. דומי' דנשיא דהכל מטמאין לו [וכן מבואר בתוס' כתובות דף ק"ג ע"ב] (ואח"כ ראיתי שכתב כן בבתי כהונה). משא"כ לאחר קבורה לא מצינו בזה משום כבוד המת. דהרי קרובים רשאי' לטמא א"ע. ואפ"ה לא הותרו רק עד סתימת הגולל. כמ"ש בש"ע י"ד [סי' שע"ג ס"ו] ותו לא. ואין לומר דאפי' היכא דאיכא רק קצת כבוד המת עדיפי כבודן של צדיקים יותר מקרובים דשרינן אפי' אחר קבורה. דא"כ תיקשי היאך דייק התוספתא הנ"ל דטמא מת מותר ליכנס למחנה לויה מארונו של יוסף דילמא שאני יוסף משום כבודן של צדיקים ה"נ נימא דדחינן לאו דלא יבא אל המחנה. א"ו דליכא בזה שום צד היתר משום כבוד קצת. ובראיה זו יש להעיר ג"כ ע"ד הרב בתי כהונה [בית, דין, סי' כ"ג] דמביא ראיה מההיא דסוכה [דף כ"ה] דמישאל ואלצפן נטמאו בנדב ואביהוא או נושאי ארונו של יוסף. הרי בין למר בין למר מטמאי. ואמר ע"ז אין ה"נ דמטמאי רק משום כבודן מותר לטמאות. וא"כ הדרא קו' לדוכתא דאם איתא דמותר לטמאות היכי דייק הש"ס מיוסף דמת מותר ליכנס למחנה לויה. דילמא שאני יוסף דכי היכי דמותר לטמאות לו משום כבודו. ה"נ מותר להכניסו במחנה לויה:

ד **וגם** אין לדון ולהתיר מהא דאי' ברכות [דף י"ט] מדלגין היינו ע"ג ארונות משום דרוב ארונות יש בהם פותח טפח. חדא דנראה דמנהג אבותינו היה ודאי לקבור בלא ארון משום דעיקר מצוה לטמון בעפר כדאי' ברמב"ם פ"ד מה' אבל. וקצת ראיה לזה דלא מצינו ארון בתורה רק גבי יוסף ס"פ ויחי [ועיין בחסד לאברהם מעיין רביעי נהר מ"ו]. ועוד דודאי ברוב השנים הללו כבר נרקב וכלה הארון ונפל העפר ע"ג המת ותו ליכא פותח טפח. וכ"כ בבתי כהונה:

ה **ובדברי** הראב"ד נראה דמודה דאסור מדאורייתא גם בזמן דליכא אפר פרה אדומה. וכמ"ש הדגול מרבבה. שהרי הלכה מרווחת גם בזמן הזה דאבידה בבית הקברות והוא כהן שצריך להתעלם. ואי אמרת שהוא מדרבנן לבד. איך נדחה דאוריי' מפני דרבנן. אע"ג דגבי שופר אין עוברין עליו את התחום, שאני שבות שבת דחמירא משום דעיקרו בסקילה. כדאיתא סוכה [דף מ"ז ע"ב] עד כאן לא קאמר ר"י הכא אלא בסוכה דמ"ע אבל שבת דאיסור סקילה וכו', והתם שבות בעלמא הוא. הרי דשבות דשבת חמיר ממצות עשה דאורייתא. ועיין כתובות [דף ע' ע"ב] בדליקה התירו לומר כל המכבה אינו מפסיד למעוטי מאי לאו למעוטי כה"ג לא למעוטי שאר איסורים דשבת. אע"ג דבשבת הוי שבות דשבות דמלאכה שא"צ לגופה ואמירה לנכרי. ואפ"ה דוקא משום הפסד דליקה התירו, ובנדרים התירו אע"ג דנוגע בגררא דאורייתא. ואין לומר דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה. זהו היכא דמתחלה עשאוהו נגד דאורייתא. משא"כ היכא דנתגלגל אחר כך דהם לא עשו רק להחמיר עליו בעלמא. אבל לא להקל עליו היכא דנוגע לדבר דאורייתא. [וכאשר כתבתי כן בזית רענן ח"ר בזה]:

לכן נלפע"ד דיש באיסור כהנים ללכת על קבורת רחל אמנו איסור דאורייתא בלא שום צד היתר:

ידידו לנצח הק' משה יהודה ליב

חלק אבן העזר

סימן כז

בדיני אישות

א **על** דברת האיש המוכ"ז אשר נשאלתי מאת האב"ד דעירו. אשר נשתטה אשתו זה כתשע שנים. והוא עודנו רק בשנים. וכבר מלתי אמורה בזה. בזית רענן חלק ראשון [דף קס"ג], ועתה הודיעני הרב האב"ד נ"י. שכבר השליש דמי עו"ה של כתובתה אצלו וגם השליש גט פטורין כדת מו"י, גם עשה לפי חוקי הממשלה. וגם חילוף בחת"י על סך שני מאות רו"כ על תנאי שיכתוב לה גט מחדש בעת שתחזור לדעתה, קיצור הדבר לא חסר כל בה מן החומרות שכבר יצאו מן הגאון הצדיק בעל נוב"י [מהד"ק סי' ג']. וגם בעובדא דידן לא נשתטית כל כך עד שאינה יודעת לשמור את גיטה וגם אינה בכלל משלחת וחוזרת. רק משום גרירה אינו יכול לגרשה. ולדעת רוב הפוסקים אם נתגרשה מגורשת כמבואר באה"ע [סי' קי"ט סעיף ו'] ובב"ש שם [ס"ק י'] שהוא רק מחומרא דרבנן לחוד. כדאיתא בירוש' מובא בתוס' קידושין [דף מ"ג]. ונמצא דבכ"ד לא שייך קושי' ההג"ה במש"ל בפ"ו מה"ג ה"ג [וכן כתב בספר בית אברהם]. גם לפי מש"כ בס' מחנה אפרים על קושיית העולם דחרשת שהשיאה אביה דיוצאת בגט [גיטין דף כ"ה ע"א] והא בעינן ויצאה והיתה [שם דף פ"ה ע"א] ותירץ כיון דאפשר ברפואות תעלה דמיא לקטנה דאתיא לכלל הוי'. וכיון שכן לדעתו גם בנשתטה לית לן משום כל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי. כיון דאתיא ממילא. כמש"כ במש"ל (פ"ד מה' אישות ה' י"ז). איברא לכאורה נראה להיפוך, עיין ב"ק (דף ק"י ע"א) שגם בחולה לא מצי למשוי שליח לאכילת קדשים משום דאיהו לא מצי לאכול דאכילה ע"י הדחק לא שמה אכילה. אך אין זה ראיה. דהתם לא מצי למשוי שליח בימי חליו אבל לאחר שיתרפא מצי למיעבד שליח. כיון דסמים בידן ורוב חולים עתידים להתרפא יותר מחרש ושוטה. והא דנותנים לאנשי משמר משום דאי אפשר להמתין באכילת קדשים עד שיתרפא [ואין לומר דאע"ג שבידו להתרפאות

מ"מ לא מצי למיעבד שליח. כמש"כ תוס' נזיר (דף י"ב ע"א) בד"ה מ"ט, גבי חלה. דהא דיכולה לעשות שליח להפריש לכשתלוש העיסה. רק משום דבידה להביא עיסה מגולגלת ולומר עיסה זו תהיה חלה על קמח לכשתהיה נילוש יעוי"ש. שכבר כתבנו בזה בס' זית רענן חלק ראשון (דף קכ"ה ע"ד) על קו' מרן הגאה"ק מוהרע"א זצוקללה"ה בתשובתו (סי' קמ"א) מכתבו ותנו. דזהו דוקא היכא שמחוסר מעשה בעצמותו במאי שמינהו לשליח, כגון ביבמתו דהכתי אינה בת גירושין. וכן בחלה שעודנה לא נתחייבה עד שעת לישה. ומשום האי טעמא הוא דלא מהני אפי' בדבר שבידו לאשוויי שליח. אבל היכא שעיקר הדבר נשלם. רק שדבר אחר גורם דהכתי לא מצי למיעבד. גם לדעת תוס' פשיטא דמהני לאשוויי שליח מעתה בדבר שבידו. על עת שיסתלק הגורם ועיי"ש היטב]:

איברא עיקר הסברא של מחנה אפרים הנ"ל דחרשת דמי לקטנה והנתיבות (סי' רמ"ג סק"י) הסכים עמו. נראה דחוקה קצת למעיין, שהרי ברים פ' מי שאחזו (דף ע' ע"ב) פליגי ר"י ור"ל גבי קורדייקוס אם כותבין ונותנין לאלתר דר"ל מדמה ליה לישן משום דשמי' בידן משא"כ בשוטה, ור"י מדמה ליה לשוטה משום דמחוסר מעשה. הרי דבשוטה לא הוה שמי' בידן לכולי עלמא. והיאך נוכל לדמות חרש ושוטה לקטן. שהרי לדידהו שוין הם. שכתבו שם לתרץ דברי רמב"ם דזכין לשוטה משום דדמי לקטן. כדמוכח מחרשת ששיאה אביה. והרי מש"ס פ' מש"א הנ"ל מוכח דלא דמו להדדי, ועל עיקר הקושיא מחרשת. כבר כתבתי תירוץ מרווח בזית רענן (דף קכ"ה ע"א אות י"ט) ועיי"ש:

ב וביסוד הדבר שחידש החכם המגיה במש"ל הנ"ל. דהיכא דנשתטה לא מצי למשוי שליח השתא לכשתשתפה. משום דכל מידי דאיהו לא מצי למיעבד שליח נמי לא מצי משוי. היא קושיא עצומה. על תורתן של רבותינו הראשונים שכתבו בשם רגמ"ה, דבנשתטה צריך היתר ממאה רבנים וישלים כתובתה. וגם ימסור גט ליד שליח שיתן לה לכשתשתפה. וכן בש' כל בו משמו, והוא מטעם דילמא תחזור לאיתנהו אז יעבור על החרם שתיקן. לכן לא רצה להתיר רק באופן זה. ואם איתא דלא מהני שליחותו כלום וצריך לכתוב גט מחדש, למה תיקן ותלה ההיתר בזה:

ג לכן נלפע"ד להצדיק את דברי רבותינו המולדקים עפ"י סברא ישרה. וטרם נסובב בעיקר ויסוד דין השליחות. ברים פרק האיש מקדש דמצינו דבדבר שיכול לעשות בעל כרחו דאידך, והדבר תלוי רק ברצונו לבד נתיפה כחו לענין שליחות. משו"ה אמרינן שם דאי כתב רחמנא בגירושין משום דישנו בע"כ. והוא כיון שהדבר תלוי ברצונו לבד ועל ידו לחוד נגמרה כל המעשה. משו"ה הוא דמצי למיעבדיה ע"י שליח. משא"כ בקידושין שהדבר תלוי בדעת שניהם. וצריך לבאר. דכיון דכתיב ושלחה שגם היא עושה שליח לקבלה. וכיון שהיא מתגרשת בע"כ ועי"ז מביאה עוד לגרוע כחה בשליחות דידה כמש"כ תוס' שם בד"ה נפקא ליה לגירסת מהרש"א שם. ומשו"ה הוי אמינא בשאר קרבנות דמקריבין בע"כ דלא מצי למשוי שליח. אי לאו דנפקא ליה מדר"י בן קרחא. אע"ג דכבר ידעינן שבדבר שהוא מדעת שניהם כגון בקידושין מסיקינא דויצאה והיתה דמצי למשוי שליח. אפ"ה הוה אמרינן דבדבר שיכול לעשות גם בע"כ לא מצי למשוי שליח. והיכי אמרינן הכא להיפוך. דבגירושין יכולה גם היא לעשות שליח משום דאיתא בע"כ. אבל בדבר שהוא מדעת שניהם לא מצי למשוי שליח, אלא עיקר הדבר. דבגירושין שתלוי רק בדעתו של הבעל. והיא רק כמו מעשה קוף בעלמא דקא עבדה. וכן השליח לקבלה שנעשה על ידה. הוא רק שיהיה במקומה שיהי' ידו כידה. ועיקר הגירושין גם עתה אינן תלויין אלא בדעת הבעל לחוד. משא"כ בקדשים שהשליח עושה כל המעשה מהחל ועד כלה. ועיין רמב"ן פ' האומר שכתב שם, דבשליח קבלה לא שייך משום אלי דבר. משום שעיקר שליחותו הוא רק שיהיה גופו כמותה. וזה נגמר מיד בשעת מינוי שליחות וכמ"ש. וזה ברור ופשוט. [אח"כ הראיתי שבמקנה עמד בקושיא זו על המהרש"א. ומה שכתבתי נכון וברור למעיין] נקוט מיהת דשליח דידיה ודידה שוין ליפוי כח לענין שליחות. הבעל, משום דכחו גדול בעיקר הגירושין, והיא, משום דגם השליח אינו עושה כל מאומה בעיקר הגירושין ועודנו תלוי רק בדעת ובמעשה הבעל לחוד. ואיהו מעשה קוף בעלמא הוא דקא עביד:

ד ועתה נדבר מה שיש להתבונן בעיקר הענין שהרי בקידושין (דף כ"ג ע"ב) מסקינן בגמ' דעבד עושה שליח לקבלה לרשב"א. אע"ג דאיהו לא מצי לקבלו מיד רבו. כיון דמכל מקום איתא בתורת גט שיחרור. שהרי מצי לקבל גט של חבירו מיד רבו של חבירו, אלמא דלא בעינן אלא דאיתא בענין זה. ואע"ג דבגוף הדבר שעשאו שליח ליתא במשלח, מכל מקום מהני ע"י שליח, ובכמה דוכתי אמרינן להיפוך דכל דלא מצי למיעבד אותו דבר עצמו, אע"ג דאיתיה בכללות ענין זה, מ"מ לא מהני השליחות, אע"ג שבשעת עשיית השליחות כבר נסתלק הגורם. מ"מ בטלה המינוי כמו דאיתא להדיא בנזיר [דף י"ב] דאפי' כשעושה שליח לקדש לו אשה לאחר שתתגרש דלא מהני, מפני שבשעת מינוי השליחות לא מצי למיעבדיה. וכן גבי הפרה התם. וכן ביבמות [דף נ"ב] ולאשה דעלמא אינו גט. [ומצאתי קושיא זו באחרונים]. ולתרץ הסוגיות הדק היטב. עיין ר"ן ר"פ האיש מקדש וז"ל וכי תימא הכתי קשיא מדאמרינן בפ"ק דמכילתין עבד כנעני לרשב"א מהו שיעשה שליח לקבל גיטו מיד רבו וכו'. אלמא דזכייה ע"י אחרים לאו מטעם שליחות הוא, דהא אפילו למאן דמספקא שלא תהא שליחות לעבד יש לו זכייה ע"י אחרים. יש לי לומר דלא דמי, דאין וודאי דכל מי שאין לו יד למנות שליח אף אחרים אין זוכין בשבילו מדאורייתא כהא דקטן. אבל עבד מה שאינו יכול לקבל גיטו לרשב"א. ומספקינן לדידיה נמי דלא מצי למשוי שליח. לאו משום שאין לו יד דהא הוה ליה למימר גיטו וידו באין כאחד כדתנן בפ' הזורק [דף ע"ז] הזורק גט לאשתו וכו'. ופרכינן עלה אלר מה שקנתה וכו' ופרקה רבא משום דגיטה וחצרה באין כאחד. וגבי עבד נמי הו"ל למימר דגיטו וידו באין כאחד וכו'. אלא דטעמא דרשב"א משום דגמר לה לה מאשה מה אשה עד שיצא הגט לרשות שאינה דבעל. דאשה אין גופה קנוי לבעל. אף עבד עד שיצא הגט לרשות שאינה שלו. כלומר של אדון. והעבד גופו קנוי לאדון. [והילכך בעינן יד אחרים]. וכיון שמה שאין העבד עושה שליח. אינו מטעם שאין לו יד. אחרים יכולין לזכות בגט שיחרור בשבילו. שהרי יצא הגט לרשות שאינו של אדון. אבל קטן שאין לו יד בעצמו כלל. אף אחרים אינם זוכים לו מן התורה. עכ"ל הר"ן שם:

ולפי"ז הכי ריהטא תירוץ הש"ס על כוונה זו. דכיון דאיתיה בתורת שיחרור. ויש לו יד לקבל גט שיחרור מיד רבו של חבירו. וגם הלא רשב"א נמי מודה דגיטו וידו באין כאחד, רק מצד גזיה"כ דילפינן לה לה מאשה הוא דלא מקבל. ונמצא שאין החסרון מחמת גרעון כחו שעי"ז הורע זכותו. וכיון שאין החסרון מצדו. שהרי יש לו יד וזכות בזה הדבר כמו השליח עצמו. רק מצד גזה"כ. משום דבעינן שיצא מתחלה לרשות שאינו שלו. משום האי טעמא מצי למשוי שליח. כיון שנסתלק השתא הגורם. משא"כ היכא דלא מצי למיעבד. משום שהורע כחו עצמו. כגון בכהנים שהורע כחם של המשלחים. שלא נתקדשו בקדושת עבודת קדשים. או משום שאי אפשר שתתפשט כח קנינו ודבורו או הפרתו בדבר זה. אזי בטלה גם המינוי שליחות מעיקרא:

ה ועתה נתורה נא אחרי כל הענינים דמצינו בש"ס. בהאי כללא דכל מידי דאיהו לא מצי למיעבד שליח נמי לא מצי משוי. אזי אחר העיון באחת משתים יבחן הדבר היטב. או בדבר שהורע כחו מחסרון המשלח עצמו. כגון בכהנים. שהורע כחם של המשלחים, מפני שלא נתקדשו בקדושת עבודת קדשים ומעשיהן וכן בעבד שעשה שליח לקבל גט שיחרור. לסלקא דעתא בגמ' בקידושין (דף כ"ג). [רק במסקנא הטעם כמו שכתבתי עפ"י דברי ר"ן]. וכן בחולה וזקן לאכילת קדשים. שהחסרון הוא במשלח עצמו. וכן מצינו גם בדבר שאין החסרון במשלח. רק מפני שהורע כחו בעצם הדבר ההוא, שקנינו ומעשיו של המשלח אינם יכולין להתפשט על הדבר הזה, כפי המצב של פני הדבר ההוא, כמו דאיתא בנזיר (ד' י"ב) לקדש לו אשה לאחר שתתגרש. שאין יכול לעשות שליח קודם שנתגרשה. מפני שהורע כחו להכניס לרשותו. דבר שמחוסר מעשה רבה כזאת. והוא בדבר שלא בא לעולם ממש. וכן גבי חלה שהורע כחו בהפרשה זו. מפני שעודנה לא נתחייבה. וכן ביבמות (ד' נ"ב ע"ב) באשה דעלמא אינו גט מפני שאין בידו לגרשה. והוה דבר שלבל"ע ממש כמ"ש בתוס' שם. [אע"ג דעיקר הגט. הוא רק סילוק רשותו וקנינו. כמ"ש בחידושי רשב"א בפ' מי שאחזו גיטין (דף ע"ד ע"ב) גבי נתינה בע"כ. דעיקר הדבר שהבעל יכול לגרשה בע"כ.

הוא

הוא מצד הסברא. משום דפרעון בעל כרחו שמיה פרעון. דהיאך יוכל לקשרו בחבלים שיעמוד בחיובו. מ"מ כיון דעדיין לא נתקשרה לו בגדר אישות כלל. נידון כדבר שלבל"ע, שהרי גם מחילה וסילוק לא מהני בדשלבל"ע ממש, לשיטת הר"ן בר"פ הכותב. דדוקא בכותב לה והיא ארוסה, הוא דמהני סילוק. משום שיש לו קצת זכות בהם]. וכן בהפרה דבעל, אין בהפרתו על נדרים שתדור משיום והלאה. והוא כדשלבל"ע. ומשו"ה גם ע"י שליח אין יכול להפר:

ועתה נבחן את פני הדבר. היכא דנשתטית והבעל עושה שליח לגרשה לכשתשתפה. דאינו נכנס כלל לגדרן של שני קצוות הללו. דאין החסרון מצד השלח. וגם כבר נכנסה ברשותו לכל קניני אישות. רק שהורע כחה של האשה המתגרשת מחמת גזה"כ שאינה יכולה לשמור גיטה. או מפני שמשלחה וחוזרת. הכי מפני שהורע כח דידה. יתגרע כחו של הבעל. במינוי שליחות דידיה. שהרי גבי עבד דגזה"כ הוא משום לתא דידיה. אפ"ה לא הורע כחו בשליחות. מכש"כ בנ"ד בנשתטית. דגם מצד גזה"כ לא מצדו הוא. רק משום לתא דידה. דלא הורע כחו בשליחותו, ואדרבא בזה נתיפה ונתעלה כחו דבעל שיכול לגרשה בע"כ. [וזאת הוא יפוי כח לענין שליחות כמ"ש], ואם כן הכא נמי דכוותיה. [שגם לאחר חרגמ"ה שא"י לגרשה בע"כ. מ"מ בעבר וגירש מגורשת, וכן נוהגין. עיין ב"ש (סי' קי"ט ס"ק י"ב) שנסתפק קצת בזה. ואין הלכה בזה כדבריו]. ועוד סמך ראיה לזה מסתימות הפוסקים בשליח לקבלה שעשתה היא, דאפילו גבי עניינים שכופין אותו להוציא [כתובות ע"ז ובש"ע סימן קנ"ד] מ"מ מהני מינוי דידה טרם שכפוהו ע"י דייני ישראל או ע"י עכו"ם. אע"ג דנכתיים מילתא שלא רצה ליתן הגט ליד השליח קבלה. רק ע"י כפייה. וכיון שכן דאיהי לא מציא לקבולי הגט בעת מינוי השליחות. תתבטל גם מינוי השליחות. דהוי כדבר שלבל"ע ממש. כיון דעודנו מחוסר כפייה. כמ"ש תוס' להדיא בסוטה (ד' כ"ה ע"ב) בד"ה לאו כגבוי דמי. דמחוסר כפייה וגישה דמי לגירות דאמרינן מי יימר דמזדקקי ליה תלתא. אלא ודאי משום שגם לאחר שנעשה שליח אין הדבר תלוי בדעתה ודעת השליח, [דאע"ג דכופין אותו. זהו ע"י גלגול וסבה מצד אחר. וגם דוקא היכא דמרוצה לבסוף]. רק בדעת הבעל לחוד. ומשו"ה לא נתגרע מינוי השליחות דידה משום דאיהי לא מצי' למיעבד. וכבר הוכחתי לעיל מריש האיש מקדש דלענין מינוי השליחות בגט. הבעל ואשתו שוין הם. היא, מפני שהורע כחה ושלוחה ביותר גם לאחר מינוי השליחות. והוא, מפני שנתיפה כחו בעילוי יתירא דיכול לגרשה בע"כ:

וידעתי שיש עדיין להתעקש בזה. אולם מצד הסברא נראה ליישב כן דברי רבותינו הקדמונים נ"ע. אולם כל זה כתבתי לרווחא דמילתא במקום אחר. אבל בנ"ד כבר נעשה הדבר עלכיו"ע לכתחילה. וכבר מבואר הדבר דבנשתטית התיר רגמ"ה עצמו ע"י היתר מאה רבנים. ואין פוצה פה ומצפצף לחלוק בזה. כמש"כ בתשוב' נ"ל (סי' ס"ז) שנתפשטה הוראה זו בכל תפוצות אחב"י. וידעתי שזהו כתשע שנים שאינו יכול לדור אתה מפני שטותה. והוא עני ואביון שאין בידו כמעט על הוצאות הדרך גם על פרסה אחת, לכן במטותא מינייהו דרבנים המאה"ג והגאונים. והרבנים המופלגים שליט"א אשר הגיעו להוראה, הן ממופלגים דפ"ק והן מכל מקום מושבותם, אשר יצעדו מצעדיו שמה שיסכימו ויבואו עה"ח, כי הוא מצוה רבה וגדולה עד מאד להתירו מכבלי עיגון על לא דבר, שאין בזה שום חשש חומרא שבעולם, ואם גם בזה יהיו נחבאים אל הכלים, וייראו לנפשם מגשת אליו, ידעו שעל כן תפוג תורה ויצא משפט מעוקל ח"ו, שקלו נא היטב במאזני השכל, את מקרא מלא שכתוב בבני עלי ואת אשר ישכבון את הנשים הצובאות פתח אהל מועד. הכי יעלה על הדעת שנעשה כן במקום המשכן. וכבר אמרו חז"ל מפני ששהו את קיניהם מעלה עליהם וכו'. אע"ג שמותרות לבעליהן בלא זה. מ"מ כיון שכבר נהגו הנשים בכך. גדלה עונש מנשוא. מכ"ש באיש הרך בשנים כזה. שבלתי אפשרי להשא זולת זה. לכן שאלתי שטוחה מאת גדולי זמנינו שיחיו, ומן הרבנים המופלגים בתורה ויראה והחריפים ובקיאים נ"י, לבל יעצרוהו ולבל יכחדו פרי עטם מבואם עה"ח. והן מגדולי זמננו שליט"א אינני צריך לבקש כזאת. רק להודיעם גודל הכרחי של העני הזה. אך לאשר ידעתי שכמה ופלגים חו"ב נמנעים מזה, והוא בעיני לפלא. כי מצוה גדולה ויקרה שאין בו חסרון כיס. ולזכות גברא ערטילאי כזה עדי עלה. ואז כשיושלם המנין הנני גם אני מן המתירים את חדר"ג מאה"ג כרצונו וכרצון כל הגדולים הבאים אחריו:

פ"ק **קוטנא** יום א' י"א תמוז תרי"ג.

הק' **משה יהודה ליב** בן הרבני מוה' **בנימין** זללה"ה

ו **ובההיא** ענינא יש להעתיק כה עוד איזה הערות. לכאורה נראה דהיכא דהורע כחו בעצם הדבר, דלא מצי למיעבד לפנינו. אע"ג דלקושטא קמי' שמיא איתא ממנ"פ. או דמצי למיעבדיה. או דלא צריך גם לשליחותא דידיה. אפשר לומר. דדמי להאי דפסק הרמב"ם (פ"ח מה' עירובין) במניח שני עירובין לשני ימים טובים של גליות. דבעינן שיהיה אפשר לו להגיע ביום הראשון למקום העירוב של יום השני. וכן פסקינן בש"ע או"ח (סוף סי' ת"ו). הרי אע"ג דאיכא ממנ"פ. מכל מקום כיון דבעי' סעודה הראויה מבעוד יום לא מהני. כמ"ש הרב המגיד מובא במג"א שם. ואם כן אפשר לומר דהכא נמי, כיון דבעינן דמצי למיעבד. בעינן נמי דמצי למיעבד לפנינו. ואם נאמר כן. יקשה לן במאי דפסקינן בשני יוסף ב"ש דכותבין הרשאה זה לזה. כדאי' ב"ב (דף קע"ג ע"א) וברשב"ם שם ד"ה ותנא. ובשו"ע חו"מ (סי' מ"ט סעיף ז' ברמ"א סוף הסעיף), הלא קייל"ן בהרשאה דשליח שוי', בב"ק (דף ע' ע"א), והלא איהו לא מצי למיעבד. וכן בבכורות (דף מ"ט) גבי מת אחד מהן בתוך שלשים. דמוקמינן בבא בהרשאה. אלא ודאי נראה דהיכא דאיתא בדרך ממנ"פ קמי' שמיא. מצי למיעבד נמי ע"י שליח. וטעמו של דבר. שהרי ביבמות (דף נ"ט) גבי כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה דאין מוציאין שלהן מידם. לדעת הירושלמי מובא בתוס' ד"ה וא"מ. דאפי' היכא דאיכא ספיקא לחוד מצי למיעבד שליח. דדמי לחולה וזקן. וה"נ מסתברא דגם לדעת רש"י שם שחולק בזה. [ועיין במש"ל פ"ט מ"ה אישות הל' ו' ד"ה ודע]. זהו היכא דליכא אלא ספיקא לחוד. אבל היכא דאיתא בתורת ממנ"פ גם רש"י מודה דמצי למיעבד שליח. לכן ניחא גבי שני יב"ש. דמהני הרשאה אפי' לדעת רש"י. משום דשייך בזה ממ"נ. דאם ממונא דידיה הוא, הרי לקושטא יכול להוציאו בדיינים. ואם דחבירו הוא אינו צריך להרשאה דידיה. עוד י"ל גבי ב' יב"ש לדעת רש"י. כיון ששניהם יחד יכולים לתובעו. וקצת תימה על תוס' בכורות (דף מ"ט) שם בד"ה ה"מ שנסתבכו בזה לחד תירוצא שם. והדבר מבואר להדיא בתוספתא ס"פ המניח ששניהם יחד יכולין לתובעו. [וע' במג"א שם על התוספתא]:

ז **איברא** נראה שאם הספק בין שלשה יוסף ב"ש. והשלישי ליתא בעיר אתם, שאין אחד מהם יכול להרשות לשני. על מנת להקנות לשלישי בהרשאה, משום דמכל מקום אית ביה משום גדר הקנאה. וכל היכא דלא קנה איהו תו לא מצי להקנות לאידך. אע"ג שאמר לו בפירוש קני ע"מ להקנות. כדאי' להדיא בעירובין [ד' ע' ע"א] ואין שנים שלא עירבו נותנין רשותן לשנים שלא עירבו הא תו ל"ל לא צריכא דאמרי קני ע"מ להקנות [ועיי"ש ברש"י ריש ע"א ד"ה לא צריכא ובשו"ע סוף סי' ש"פ] ואע"ג דשליח שוייה. מ"מ כיון דתיקנו בדרך הקנאה. פשיטא דבעינן שיהיה הענין נשלם בדרך הקנאה:

ח **ואגב** גררא נפרש דברי תוס' בכורות [דף מ"ט] בד"ה ה"מ. מה שתירצו דאיירי שפדה בקרקע וכמ"ד פודין בקרקעות. ולכאורה דבריהם תמוהים. דממנ"פ אם בעינן שיהיה ברשותו גם קודם כתיבת הרשאה כדי שיהיה ברשותו בשעת כתיבת הרשאה. ואם כן גם כשפדאו בקרקע לא מהני מידי שגם בקרקע כל כמה שאינו יכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקדישו. כדאיתא להדיא בריש ב"מ גבי מסותא [דף ז']. ואי אמרת דלא בעינן רק שיהיה הרשות והקנין באין כאחד. וכיון דלאחר כתיבת הרשאה יכול להוציאו. שפיר מועיל הרשאה כזאת. אם כן גם במטלטלין מהני הרשאה. כיון דלאחר כתיבת הרשאה יהיו ברשותו. ולמה דחקו לאוקמי כמאן דאמר פודין בקרקעות דאטו ברשיעי עסקינן שגם לאחר כתיבת הרשאה עודנו לא ירצה להחזיר את שאינו שלו. שהרי מבואר להדיא בתוס' ב"ק [ד' ע'] סוף ד"ה אמטלטלין דאיירי שלא נתכס' ע"מ להוציאם. דאם לא כן אין בנו פדוי. וליישב תמיהם זאת נראה. דבכל מטלטלין שיצאו פעם אחת מרשות בעלים הראשונים. שוב בלתי אפשרי לאהדורי ולאוקמי ברשותן ממילא, עד שיתרצה בפירוש מי שעודנו ברשותו. לאהדורי ולאוקמי ברשות הבעלים. כדאיתא בב"ק [ד' ק"ד ע"א] אלא אמר רבא שאני מתני' וכו' ואודי ליה וכו' הוי גבי' פקדון עד דאתי, ושקיל

ושקיל ליה ועיי"ש. ועיין תוס' ב"מ [ד' ו'] ד"ה הקדישה. דלמסקנא אפי' ע"י שתיקה הויה כהודאה לענין זה דתיהדר לרשותו. [ולא מיבעיא לדעת רשב"ם ב"ב [ד' פ"ה] בד"ה המופקדין אצלו. ורא"ש ריש פסחים. דטעמא דפקדון שהוא ברשות בעלים מפני שהקנה לו רשותו. פשיטא דכל דבר שכבר יצא מרשות בעלים. שוב אי אפשר לאוקמא ברשותו שלא מדעתו דאידך שהחפץ מונח אצלו. אלא אפי' בלא זה נמי מסתבר הכי כמובן]. ועיין בב"ק [ד' ס"ט ע"ב] גבי לנוטעין ור' דוסא אמרו דבר אחד. הרי להדיא דכל שבטעות בא לידו. אע"ג שלא רצו ולא נתכוונו לגזול. אעפ"כ כבר יצא מרשות בעלים לכל דבר. [ועיין מש"כ מזה לקמן בחלק חשן משפט בדיני אין אדם אוסר דבר שאינו שלו עי"ש]. והתם גבי פדיון בע"כ איירי שהנידון היה לאחר ל' יום ואז צריכין להרשאה. דבתוך ל' יום הרי שניהם יכולין לחזור ולתבוע מן הכהן. כיון שלא נתן לו ע"מ להוציאן. כמ"ש בתוס' ב"ק הנ"ל. ולא הקנה לו אלא לאחר ל' יום. הרי בתוך ל' יכולין לחזור. אלא ודאי דאיירי לאחר למ"ד יום, ואז הוה שעה אחת ברשות כהן. כיון שמן הדין אינו צריך להחזיר להם. לא גרע מהיכא דבטעות אתא לידו. ושוב אי אפשר לאוקמי ולאהדורי ברשותו שלא מדעתו. ומשום הכי גם עתה לאחר הרשאה עודנו אינו ברשותו, משא"כ בקרקע דלא בעינן רק שיהיה יכול להוציאה בדיינים. וכיון דלאחר הרשאה יכול להוציא הוי הרשאה מעליא [וע' בתפארת ירושלים מס' שבועות אות ל"ד]:

סימן כח

בדיני אישות

בדבר שאלת כ"ת בנידון איש אחד מקהילתו. אשר בשנת רעבון נסע עם אשתו ובניו למדינה אחרת. ובמקום אחד במדינת פרייסען לקחו פעמיהם. שוא ובנו לצד אחד והיא ובתה לצד אחר. וזה כשמונה שנים שב האיש הנ"ל לעירו. וממנה ומבתה לא נשמע דבר. וזה שש שנים אשר שב האיש הנ"ל להמקום הנ"ל. וחקר שם ובמחוז ההוא אדות אשתו. ולא שמע מלפלף ונודד כנף ממנה. וזה שלשה שנים אשר האיש הנ"ל נתק מוסרות הברית ועבר בשאט נפשו. והלך עפ"י אומדן דעתו הנבערה. כי עבר עליו רוח עועים ורוח שטות הטתו ולקח ונשא אשה ממקום הסמוך לעירו בלא שאלת חכם כלל. אמנם תיכף לאחר הנשואין בואו למקהלת כ"ת. הפריד רו"מ בצירוף הבד"ץ, ביניהם. ושילח את אשתו לביתה. והוא נשאר בדד וגלמוד זה שלשה שנים. והנה עתה מתחרט האיש הנ"ל על התועבה שעשה. ולועק במר נפשו למצוא רפאות תעלה לשברו ולמכתו. ודואג ובוכה על איבוד ימיו. ובשגם שבלתי אפשרי שישרה עוד בלא אשה. והשאלה בפרטות באריכות מסרתי ליד המוכ"ז. למען יוכל המעיין לידע עיקר, הדברים כהווייתן:

א **והנה** לדעתי הקלושה נראה דלמיגדר מילתא צריך לגרש את האשה הזאת שנשא באיסור. ושכבר הגיעה לששים שנה ולא היתה בת בנים כשנשאה. ואח"כ ישא אשה בת בנים. ובאופן זה הנני מזדקק להתירו עפ"י הסכמות מאה רבנים. הן שמה הגאונים המאוה"ג שליט"א במדינתנו והסמוכים למדינה זו. ובתוכם יעלה למנין גם מופלגי תורה אשר הגיעו להוראה. וברא"ש בי דינא רבה במקהלות כת"ר. ושמכינא עלייהו שיתנהגו עמו בהשלשת הכתובה וגם בבליאות להולכה ובמסירת הגט ליד השליח-כשתבוא למקומו יגרשנה, וגם יעשה [הכל כפי חקי המדינה] הכל כמבואר בפרטות באחרונים [ועיין לעיל בסימן הקדום מ"ש ליישב קושיית הגהות משנה למלך]:

וטעמא דידי אשר תמכתי יסודותי להתירו. דכיון שזה זמן כביר כשמונה שנים שלא שבה לבעלה, אם עודנה בחיותה. הלא הוא אחת משתים אם מרצונה שמרדה בו, או ע"י אונסא. ומעתה אם מרצונה עזבה את בעלה אין לך מורדת גדולה מזו. ומבואר הדבר באהע"ז סימן קמ"ו [ובסימן ע"ז ס"ב ברמ"א וב"ש ס"ק י"ט] דבזה לא תיקן רבינו גרשון מאור הגולה. ובפרט היכא דאין לו אשה כלל. וכבר הארכתי בזה במקום אחר [בזית רענן חלק ראשון (דף קס"ב ע"ב ודף קס"ג ע"ג) שם כתבנו דבמצות עשה של פריה ורביה איכא שני ענינים והם נפרדים זה מזה. הראשון שכל אחד מבני ישראל מחוייב לישא אשה ולקיים עונתו. ובזה מקיים עיקר המצוה של פ"ו. והשנית הוא תכלית המצוה שיוליד בן ובת. וכאשר נשלם לו כן. אזי קיים המצוה בפועל עד תכליתה. אמנם כאשר נשא אשה וקיים עונתו כדין ולא הולידה. הגם שקיים מצות פ"ו בפועל אבל עודנה לא השיגה ידו עד תכליתה, כי ד' מנע ממנו פרי בטן]]. ואי כינא שע"י אונסא שקרה לה בלתי אפשרי לה שתשוב לביתה. הלא כיון שכבר עברו שמונה שנים ועודנה לא שבה ע"י אונס ההוא שוב לא תבא לעולם. א"כ לא גרע מנשתטית. אע"ג שגם בנשתטית איפשר שתתפקח עוד. וכיון שבנשתטית יש לו היתר ע"י מאה רבנים ה"ה נמי באונסא דעלמא:

וא"ל דהכתי יש לחוש דילמא בשני שנים ראשונים היתה ברצון ולבסוף אירע לה אונסא. דז"א כיון דתחילתן ברצון נידון גם לבסוף כרצון, כמו דמצינו בהגיע זמן ולא נשאה, בש"ע אבן העזר [סימן כ"ו ס"ג] ברמ"א בשם המרדכי:

ואין להקשות דא"כ נתת דבריך לשיעורין דבכל אשה שתצא מבעלה יתירו לו לישא אחרת. דמסתמא לא נתיר לו בפחות משלשה שנים כעין דמצינו ב"ב [דף ל"ח ע"א] כדי שיהא בהספמיא וכו' וכעין זה בכ"ד עד שישמע לה שבעלה שב לביתו ועודנו חי. ובשגם היא תוכל לחזור ולשוב אליו. א"ו או שמרצונה החביאה את עצמה לבל יודע מקומה איה ואיפוא לבל יכופו אותה שתשוב לביתה. או ע"י אונס אחר שאי אפשר עוד שיסתלק. ועד מתי יתעגן ויתיב:

ב **ועוד** מטעם אחר ונראה לעיקר. שהרי מבואר בריש כתובות בסוגיא דאין אונס בגיטין. דתיקנו משום לנועות ופרוצות משום זימנין דלא אניס וסברה דאניס. ש"מ דמצד הדין לא חיישינן לאונס כלל וכלל אפי' באיסור החמור שבחמורות כאיסור אשת איש. עי"ש בתוס' ד"ה וסברה. ומכש"כ באיסור דרבנן הקל, שלכמה פוסקים [בש"ע אה"ע סי' א' סעיף י'] כבר עבר הזמן מגזירת רבינו גרשון מאור הגולה. וא"ל דאונסא דשכיח שכיחא. דז"א כיון דגם כששבה אמרינן בו ג"כ דמהני הגט משום דאין אונס בגיטין [ולגבי ממון הוי אונס כמבואר בסימן קמ"ד ס"א בח"מ וב"ש] משום לנועות ופרוצות. ש"מ שגם לשבויה לא חיישינן אפילו מדרבנן אפי' באיסור חמור דאשת איש. ושוב לא נשאר לנו לחוש לקושטא דמילתא שחולי נתפסה בשביל פאספורט שזהו שכיח ושכיח. אמנם כאשר נודע לכל לפי פקודת הנהוגים עתה. אזי שולחים המאגיסטראט משם לכאן. אם כיס הדברים שזהו מקומו. או שמשלחים אותו ע"י טראנספורט לביתו. ולשאר עניני שבויים לא חיישינן אפי' באיסור חמור כאשר כתבנו. רק עודנה יש לחוש שמפני יראתה לעבור על הגבולין בלא מכתב. זהו שכתבנו דלדס כן הדברים הרי לא גרע מנשתטית. כיון שמשוב לא תשוב לעולם ג"כ מפני מורא הזאת:

אחר כתבי ראיתי בנודע ביהודה מהד"ת [סי' ו'] שהחמיר קצת על עצמו ולא אבה להזדקק לזה. ואינו מוחה לאחרים בנידון כזה. אולם לקמן [בסי' קמ"ז] כתב בנו הגאון מוהר"ר שמואל ז"ל שהיה טעם ונימוקו עמו בזה מצד אחר ומצד עיקר הדין אין להחמיר, וכן נראה עיקר דאל"כ דברי קדשו נפלאים בעיני שחוכך שם להחמיר דדילמא נשבית ומפני זה לא שבה לבית בעלה. שהרי מוכח להדיא דלא חיישינן לאונס כלל כמ"ש. ומה שמביא מדברי תשו' צמח צדק [סימן ע'] שהחמיר, התם איירי דידעינן שנשבית בשעת החירום כמבואר להדיא בדבריו שם:

סימן כט

בדיני אישות

אחד"ש בדבר השאלה באלמנה רחל מלוביטש. הגם כי טרדות רבות הקיפוני, לאבר שכבר הבטחתי לידידי כי' אחור לא נסוגותי.

א **והנה** אם נודע למעכ"ת כי גביית העדות הראשונה יש בו ממש אזי הדרך רחב להתירה לאחר ע"ו חודש לפחות באופן שתשלם לה שכר הנקה ומשמוש בילים וחלב עד כ"ד חודש והמינקת תשבע עד"ר שלא תחזור בה. כי לפום גב"ע הנז אמרה האשה פייגא בת"ע

בת"ע שלפי דברי הרופאים חלבה ארסי לולד רק שמחמת קמלנותה וכדי שלא תתעבר עוזרתה גם היא והניקה את הילד עם המינקת וכן החזיקה בזה יותר מג"פ. ובזה יש לנו סעד גדול לסמוך עליו דברי החכם לבי בתשו' (סי' ס"ד) כאשר כתב מע"כ וכבר האריכו בזה האחרונים על כל גדותיו וגם אני כתבתי בזה הנראה לפענ"ד במה שנתחדש לי והמה בכתובים ונתנו לבית הדפוס ספר זית רענן ח"ר. לו יזכני ד' ויצא במהרה לאורה. איברא אם הג"ע השני הוא העיקר ושם נאמר שהאשה פייגא בעצמה אמרה שעפ"י דברי הרופאים עצמם הוא שהניקה עם מניקות אחרות כי כן ציוו עליה הרופאים. עודנו צריך בושם דאזי יכול הבעל לכופה שתניק עם מניקות אחרות. וראיתי בדברי ש"י (סי' פ') וראיותיו חלושות. במאי שהתיר באשה שלא הספיקה היא לבדה רק עם מניקות אחרות:

ב **איברא** עדיין יש מקום להתיר דהאי עובדא דידן ועדיפא טובא מעובדא דש"י לפי דנראה בעליל שגם דברי הרופאים לפום גב"ע השני היה רק לאחוז הרע במיעוטו למעט בהולאות ולהניח דעתה שלא תתעבר ובזה ישוו כמעט גב"ע הראשון עם השני, לכן כללו הרופאים דלשבור רעבון התינוק יועיל גם חלבה המקולקל ומה שהפגום הולד ע"י חלבה תתרפא ע"י חלב המינקת האחרת. ונמצא מה שמשביח חלב אמו לשבוע קצת רעבון התינוק. הרי אזר ופגם בבריאות התינוק. [ופוק וחזי מה עלתה בהם שכל הילדים שעזרה גם היא בהנקתם המה מגורעים וא' שלא סייעה כלל הוא בריא אולם] והנה כד תעיין בכל המתירים שמצאו במניקות חבירו כגון בצמקו דדיה ונפסק חלבה בחיי הבעל ושכרו לה מינקת המובא ברא"ש ובפוסקים, בע"כ צ"ל דכל בכה"ג לא הויא מנ"ח, דאי משום דנשתנית מאשר נשים ול"ש טעמא ותקנתא דמנ"ח הרי שאין לך נשתנית גדולה יותר מאיילונית ואעפ"כ פסקינן כר"מ בברייתא דרדופה ילך לבית אביה כתובות (דף ס' ע"ב). והש"ס שם מדמי להדדי את שניהם לענין זה. אלא כל עיקר יסוד ההיתר משום דכל בכה"ג לא נקראה מנ"ח, ועתה אם נשקול בפלס מאזני המשפט אם גם בעובדא דידן יש עליה מיהת שם מנ"ח כיון דחלבה המקולקל מועיל מיהת לשבור קצת רעבון התינוק א"ד מה שמשביח בשביעה פוגם בבריאות, ונראה כדמות ראיה דכל כה"ג לא מיקרי' מנ"ח כיון דש"ס אין כאן תועלת לולד שהרי אין לך גדול מע"ז שהתורה הרחיקה אותו ביותר וכתוב לא ידבק בידך מאומה מה"ח ואפי' בשמן רחוקה באפס מנהו נזהרנו ביותר. ואפ"ה אמרינן בע"ז (דף מ"ח ע"ב) בכה"ג מה שמשביח בעור פוגם בבשר ה"נ מ"ש בנבי' פוגם בלל. הרי דבכה"ג יצא מכלל מאומה דכתיבא גביה כיון דש"ס אין בו שום תועלת ומכ"ש דלא תקבנה בשם חדש ולקראה בשם מינקת:

ג **ועוד** נראה כיון דבכה"ג בעובדא דידן שחלבה מועיל רק לשבוע קצת ושל מינקת חבירה מועיל לרפואה. ולשבוע אפי' זוז"ג לא מיקרי והשנית היא העיקרית ושלה אין בהם ממש וכלא יחשב על פי מה שכתבתי בספרי בדין זוז"ג סי' ד' א"ג חלק יו"ד, וז"ל באות ג' ויש להתבונן בדין זוז"ג היכא דגורם של היתר רפוי בעצמותו כנגד גורם דאיסורא אם נאמר דגם בזה מותר אם לא. יש להוכיח מהא דאיתא בחולין (דף כ"ח) שיצתה קמא אסור מכאן ואילך הו"ל זוז"ג ומותר אע"ג דרבנן ס"ל דאין חוששין לזרע האב ולדידן מספקא לן לדינא ואעפ"כ מהני מיהת לגורם דהיתרא. איברא יש להתבונן אם גם להיפוך אמרינן כן דעיקר הוא הגורם דהיתרא רק שגם הגורם דאיסורא מסייע בשמן מנהו כדי לגמור הנולד מן הגורמים ובמקום דאסרינן זוז"ג כגון באיסורי משהו אם גם בזה אסור אם לא ומסברא החיצונה נראה כי היכי דמהני להקל כ"ש להחמיר, אולם לקושטא דמילתא מוכח להיפך דאפי' למ"ד זוז"ג אסור בכל האיסורין מצד עיקר הדין זהו היכא שגורם דאיסורא שוה לגורם דהיתרא. אבל לא כשהורע כחו של הגורם דאיסורא מני הגורם דהיתרא. וראיה ברורה לזה דאיתא התם (דף ס"ט) דמיבעיא לן בעובר שהוציא ידו שניתר כולו ע"י שחיטת אמו לבד מאותו אבר ובא על בן פקועה דכוותיה [ופרש"י שלא הוציא את ידו ומיבעיא ליה לחנניה דס"ל חוששין לזרע האב] אם אבר מוליד אבר ואותו אבר לבד אסור א"ד מיבלבל זרעי' וכוליה אסור, ומשמע דמיבעיא ליה רק למ"ד זוז"ג אסור אפ"ה דווקא לחנניא הוא דמיבעיא ליה אבל למ"ד אין חוששין לזרע האב לא נאסר הולד משום גרמא דידיה אע"ג דגרמא דהיתרא חשבינן ליה לאבוה גם למ"ד אין חוששין כדמוכח לעיל דמכאן ואילך הו"ל זוז"ג וכ"ה להדיא במהרש"א דאפי' למ"ד א"ח מ"מ הוי גרמא דהיתרא. ועיין יו"ד סי' קמ"ב סעיף ג' וסעיף י"א. ובזה יתיישב הכל על נכון והוא כעין תירוצו דט"ז ס"ק ג' וא"צ לחלק בין שבחא בעלמא לגורם רק בפשטות נוכל לחלק דהיכא דשניהם שוים אסרו שם משא"כ היכא שעיקר הגורם הוא גורם דהיתרא הגם שלולא גורם דאיסורא לא נגמר במלואו לא החמירו בזה יותר ממאן דס"ל דלעולם זוז"ג אסור ואעפ"כ בגורם כהאי לא נחשב לכלום כנגד גורם דהיתרא. ועפ"ז נתיישב לן קושית תוס' בפ' אין מעמידין (ד' כ"ד) ד"ה ישראל היו משמרין לאמה משעה שנולדה תימה לאב נמי אמאי אינה צריכין לשמור דאליבא דר"א קיימינן דא"ל זוז"ג אסור עכ"ל, ולפי מה שכתבתי ניחא שהרי ר"א אית ליה בחולין (דף ע"ט) דמספקא לן אם חוששין לזרע האב וכיון שעיקר הדבר הוא חששא בעלמא וכיון שמשמרין לאמה תו ליכא למיחש לחששא רחוקה כזה במקום דלית ביה חשש איסור ברור רק משום ספיקא שהרי אם אין חוששין לזרע אב תו לית ביה משום גורם דאיסורא ועוד שהרי איכא ס"ס בהדי רובא. עכ"ל שם בזי"ר. לכן נראה לע"ד דיש מקום להתירה גם לפום גב"ע השני רק באופנים שכתבנו למעלה. וגם ירא"ה מעכת"ה שיכתוב המשודך אצל הרייענט להבטחת היתומים כאשר דיבר אתו פא"פ. וכדי לאפושי כחא דהיתרא יצטרף מעכ"ה אתו רב מובהק אחד ואת המופלגים שבקהילתו. כי היכי דנימטי שיהא מכשורא ובאם תסכימו אתם לדברי הנ"ל גם אני עומד בכחא דהיתרא ומותרת האלמנה מ' רחל להתנסבא להמשודך לה:

יום ב' י"א טבת שנת תרי"א לפ"ק קוטנא

הק' משה יהודה ליב

סימן ל

בדיני אישות

(השאלה יתבאר מתוך התשובה)

בנידון שאלתו לאשר הודיעני כי הוא צורך גדול ולאשה הזאת קרובים מיקירי אנשי קהילתו, והפצירו בי לחפש לה מזור ותרופה לבל תתעגן ותשב גלמודה בחוסר כל, כי עתה הקרה ד' לפניה איש גואל ממשפחתה, לכן לגודל הפצרתם אמרתי להשיב בזה אשר עפ"י דת תורתנו הקדושה תוכל להנשא לאיש ההגון לה רק שתשלם אצל בטוח ואמוד סך דמי הנקה עד תשלום כ"ד והמינקת תשבע עד"ר לבל תחזור בתוך הזמן ושלא תנשא עד תשלום כ"ד חודש, אע"ג דמצד עיקר הדין מותרת בלא"ה מ"מ חלילה לה שתנשא עד שתקיים כל זה דכל מה שנוכל להחמיר בזה הדבר חובה עלינו כדי לאפושי מילתא דהיתרא וכדי לפקוח בתקנות הולד שחששו חז"ל בכמה חששות:

א **הן** בעיקר הדבר נלע"ד ברור בנידון דידן דנתברר הדבר ע"י רופאים ובאומד הנראה בעליל לכל, וביותר מה שהרגישה בנפשה בעודנו הבעל בחיים שא"א לה להניק. ועי"ז שכר לה הבעל מינקת יותר משני חדשים קודם שמת. ומאז ועד עתה שמטה דדיה מן הולד לגמרי מגודל ההכרחי מאונסא דנפשה. שהרי מבואר בכל הפוסקים דהיכא שנצטמקו דדיה בחיי בעלה אפי' ביום א' קודם מותו מותרת להנשא אפי' היכא שלא נתנה למניקה בחיי בעלה, ממילא נשמע דמכ"ש היכא דנתנה למניקה בחייו מפני שא"א לה להניק ע"י אונסא דמוכח. שהרי מבואר שם בסוגיא בכתובות (דף ס' ע"ב) שהקשה הש"ס על ברייתא דנתנתו למניקה לא"מ בעלה או שגמלתו דמותרת להנשא, מברייתא דרדופה לגבי הבחנה דהלכה כר"מ. ומבואר שם בתוס' והרא"ש דלמסקנא הטעם דאסרינן בנתנות למניקה משום דילמא תחזור המניקה ובגמלתו משום דחיישינן לשמא תגמלנו בעודנו צריך להניק ולא משום דגזרינן נתנתו אטו ל"נ והוא לכאורה נגד משמעות הסוגיא. שהרי גבי הבחנה גזרינן אפי' באיילונית וזקנה רק הטעם מבואר בש"מ שם ד"ה נתנה דלקושטא היכא דנתנה או שגמלתו דמי ליוצאת במיאון שגם בהבחנה לא גזרו יבמות (דף ל"ד ע"ב) משום דמיאונה מוכיח עליה ה"נ בנתנה או שגמלתו. רק משום דילמא תחזור ושמא תגמלנו בכיון, והא דהקשו מברייתא דרדופה אע"ג דהתם משום גזירה והכא ליכא למיגזר

מבואר

מבואר במרדכי בפ' החולץ (סי' י"ט) כי היכי דלא תימא דברייתא דאבונה איירי בנתנה למניקה בשבועה עד"ר דתו לא תחזור. משו"ה הקשה מברייתא דלדופה דגזרינן הא אטו הא ה"נ גזרינן אטו לא נשבעה. ועיי' היטב בכל זה. והשתא אם בלמקו מותרת ואפי' היכא דלא נתנה למניקת מכ"ש היכא דא"א לה להניק משום אונסא אחריתא ועי"ז נתנה למניקה, מאי אמרת דשאני למקו שנשתנה גופה. הרי אין לך שינוי גדול יותר מאיילונית ואפ"ה גזרו גבי הבחנה והרי שניהם שוים לענין זה כדמוכח מקושית הש"ס שם ובנתנה איכא היכרא ביותר שהרי מניקתה מוכיח עליה, מאי אמרת דחיישינן שמא תחזור המינקת ואיכא חשש סכנה לו לדז"א שהרי גם אם תחזור אי איפשר לה להניק דחיי' קודמין. וגם ליכא למימר משום מסמוס בו"א דא"כ בלמקו נמי אלא בע"כ ל"ל דמשום מסמוס לחודיה לא אסרינן, וכיון שהתירו בלמקו, א"כ מכש"כ היכא שנתנה בחיי הבעל למניקה משום אונכא אחריתא. והא שהתירו בלמקו ולא גזרו אטו ל"ל כמו באיילונית לגבי הבחנה היינו משום דהתם גזרו בשמא על אשה שלא תנשא גם היא לא יצאה מכלל שם זה. אבל הכא לא גזרו רק על מינקת חבירו והיכא דלמקו יצאה מכלל מינקת לגמרי אפי' ע"י מידי דממילא דלא מוכח כולי האי. א"כ מכ"ש נשמע היכא דנתנה למניקה מפני אונסא דגופה דיצאה מכלל שם מינקת ע"י מילתא דמוכח א"כ ה"ה נמי דמכש"כ נשמע היכא שאינה יכולה להניק משום אונסא דגופה. ועיין בתשו' הרא"ם כלל נ"ג סימן ד':

ב **ועתה** נכריח הדבר מדעת רבותינו הראשונים והאחרונים שהרי מבואר באשר"י בפסקיו בכתובות פ' אעפ"י סי' כ' דהיכא דפסק חלבה בחיי בעלה והכרה לה מינקת מותרת להנשא רק בסמ"ג [עשין נ"ב] מבואר בזה"ל ומצאתי בתשו' הגאונים שאינה נקראת מנ"ח אם פירשה מלהניקו ונתנתו למניקה ג' חדשים קודם מיתת הבעל עי"ש בה' מיאון. והמעיין בתשו' הרא"ם בכלל נ"ג סי' א"ב נראה שחוכך להחמיר בזה ואיך יקיל בפסקיו להתיר אפי' ביום א', איברא לקושטא ניחא דפסק חלבה משמע ע"י סיבה ולהכי מותרת בלא גבול וזמן. אבל הסמ"ג נקיט להדיא אם פירשה מלהניקו דמשמע להדיא שמרצונה להכי מצריך ג"ח שתתעכב חלבה בחיי הבעל ותפסוק לגמרי וכן מסכים הב"י והב"ש סי' י"ג בס"ק כ"ז. ומסתברא טעמייהו עפ"י המבואר בתשו' ריב"ש סי' תס"ג דנתנתו למניקה אסורה משום שמא תחזור ושמא עשתה בכיון כדי שתנשא. ועיי' בתשו' הגאון הקדוש מוה' ע"א זצוק"ל (סי' נ"ה) דהא דהולך לטעם השני הוא דאלת"ה אכתי תישתרי היכא דנתנה וכבר עברו עליה ג"ח דבין כך ובין כך תו א"א לה שתניק אפי' אם לא תנשא ואזדא ליה לחשש סכנה בנשואיה ולהכי הוסיף לחשש השני. איברא הניח בצ"ע דא"כ ביום א' בחיי הבעל ועברו עליה ג' חדשים אח"כ תישתרי. והריב"ש בעצמו שם פסק כדברי סמ"ג דצריכה ג"ח בחיי בעלה. ולפע"ד לק"מ כיון דחכמים חששו לשמא תחזור המינקת ויצטרך לאמו ומש"ה אמרו דלא תנשא משום חשש סכנת הולד. וכיון שהיא הפסיקה חלבה לאחר מיתת הבעל ולא סייעתה בהנקה לולד זה או לאחרים כדי שלא תפסוק חלבה. הרי שהכניסה את הולד בחשש סכנה מרצונה ונכנסה בכלל להרוס גדרן של חז"ל מש"ה ענשוה דלא תנשא. שהרי היא עצמה היה לה לחוש שמא תחזור המינקת ותצטרך להניקו. אבל בג"ח בחיי בעלה דליכא משום חשש סכנה כלל לולד ומש"ה הוא דבעינן שתעבור ג"ח בחיי בעלה דאז נפסק חלבה כבר בחייו עד שלא הגיע לחשש סכנה. ולפ"ז מרווחים דברי הרא"ש בפסקיו דהא תינח היכא שמרצונה נתנה למניקה ונפסק חלבה לאחר מיתתו בשאט נפשה אבל היכא דנפסק חלבה ע"י אונסא בחיי הבעל ונתנה למניקה די גם ביום א'. ועיי' בתשו' מהרי"ל סי' ק"ב דאוסר בגמלתו ב"ח קודם מיתתו מפני שהסמ"ג מצריך ג"ח דווקא, ל"ל ג"כ כפשטא דמילתא דאיירי בגמלתו מרצונה. רק בטעמא דמילתא דמצריך ג"ח הוא משום קלא כי היכי דדמוהו לדבי ר"ג, ונראה לכאורה דלעולם מצריך ג"ח אבל מבואר בתשו' אשר"י וריב"ש דלא כוותיה רק הטעם כדי שתפסוק חלבה בחיי הבעל. דבל"ז דאפי' היכא דליכא קלא עדיפי מר"ג ולא גזרינן, משום דמניקתו או וגמלתו מוכיח עליה כמ"ש בשיטה הנ"ל. ועוד שהרי יצאתה מיד שמת בעלה מכלל שם מינקת לגמרי כיון שכבר נפסק חלבה אבל כ"ז דלא גמלו לה ג"ח רק אחר מיתתו הרי שהיתה בשעת מיתתו בכלל מינקת ולא יצאתה מסוג מינקת. וגם שייך בהו טעמא דריב"ש משום דבשאט נפשה נפסק חלבה א"כ דחיישינן שעשתה בכיון כדי שתנשא:

ג **ובדי** לברר הדברים היטב. נתורה נא ונראה דעת הפוסקים היכא דלמקו דדיה לאחר מיתתו. או שנפסק חלבה ע"י אונסא דנפשה לאחר מיתתו. והנה בתשו' חכם צבי [סי' ס"ד] פש"ל בדעת הרא"ש והפוסקים דמותרת להנשא ודייק כן מלשון הרא"ש דנקט בחיי הבעל בנפסק חלבה משמע בלמקו אפי' לאח"מ נמי מותרת [מזה משמע שהחכ"צ ס"ל בדעת הרא"ש דנפסק חלבה איירי שנפסק מרצונה. ולא ע"י סיבה דאלת"ה היינו למקו]. ואיברא בתשו' מהר"ם פאדווא [סי' ל'] מבואר להיפוך דאפי' בלמקו אינה מותרת אלא בחיי הבעל וס"ל בפירושו של האשר"י הנ"ל דחיי הבעל אתרווייהו קאי· ולכאורה נראה דפליגי אם חיישינן משום מסמוס בילים וחלב לחוד אם לא. ולהכי ס"ל למהרמ"פ דאע"ג דבין כך ובין כך לא תניק עוד מ"מ משום מסמוס אסורה להנשא, והיכא דלמקו בחיי הבעל מותרת משום טעמא אחרינא משום דתיכף בשעת מיתתו לא היה עליה שם מינקת כלל כמבואר בתשו' הרא"ם [כלל נ"ג סי' ד']. איברא משמעות הס"פ לא משמע הכי ומשמע להדיא דמשום מסמוס לחוד לא אסרינן. [גם יש מקום לומר שגם החכ"צ שם לא התיר רק בילדה לאח"מ. אבל למקו גם לדידיה בעינן שילמקו מחיים]. רק דאיכא למימר דפליגי בזה דמהרמ"פ ס"ל דבעינן דוקא שלא יהיה עליה שם מינקת תיכף כשמת בעלה. ואיך סברי דגם בשעת נישואין כשיהיה עליה שם מינקת הוא דאסרו חכז"ל וכ"מ להדיא בתשו' הריב"ש סי' תס"ג הנ"ל, שהרי מפרש הטעם דנתנה אסורה משום דחיישינן שמא בכיון עשתה כן ומשמע להדיא דהיכא דאיכא אונסא דמוכח מותרת. איברא דקשיא לדעת הריב"ש והכ"ל דאסרי אפי' בנשבעה משום גזירה. וכהא דגזרינן בהבחנה ה"ה במינקת כקו' הש"ס וכמ"ש במרדכי פ' החולץ דעיקר קושי' הש"ס קאי אנשבעה המינקת. והרי בהבחנה אע"ג דאישתני גופה לגמרי כאיילונית וזקנה אפ"ה גזרו. וא"כ בלמקו נמי מאי אמרת משום דנתנה בנה למניקה דדמי למיאון דה"נ מניקתה מ"ע. דא"כ בנשבעה נמי הרי השתא אין שם מינקת עליה. אלא משום דגזרינן אטו לא נשבעה. כיון דהשתא לא נגמר ההיתר משום דנתנה אלא משום דנשבעה ובזה איכא למיגזר משום דשבועה לא מינכר ול"ד למיאון. א"כ בלמקו לאח"מ נמי. שהרי כל כמה דלא מינכר בעליל ע"י מעשה בפועל ל"ד למיאון. לכן אע"ג דמינכר ע"י מידי דממילא לא עדיף מזקנה ואילונית. לכן נראה דלכ"ע ל"מ למקו לאח"מ אפי' בנתנה. והכוונה בדברי ריב"ש נראה דמש"ה חידש דבנתנה אפי' לאחר ג"ח אסורה משום דחיישינן שמא בכיון עשתה כן היינו משום כי היכי דלא תועיל להתירה אפי' בנשבעה המינקת. משום דקנסוה על שהפקיעה תק"ח כנ"ל ואע"ג דהשתא דנשבעה הרי נפל אזדא ליה להחשש סכנה מ"מ גזרינן אטו לא נשבעה אבל היכא דלמקו א"כ מהני מיהת היכא דנשבעה שהרי גם בהבחנה ל"מ אלא חדא גזירה. אבל דנגזור למקו אטו ל"ל ונשבעה אטו לא נשבעה לתרווייהו בהדי הדדי בוודאי ל"ח. נמצא מוכח מיהא מדברי ריב"ש דהיכא דלמקו לאח"מ הבעל או שנפסק חלבה א"כ ע"י אונס אהר מהני נתנה על ידי שבועה עד"ר מלד עיקר הדין:

והנה עד כה ירדנו לפרש סוגיות הש"ס והפוסקים לדעת הס"פ דסברי דלא מהני נתנה אפי' ע"י שבועה. איברא לדעת אחרים מובא בר"ן דמהני ע"י שבועה אפי' בלא למקו. לדידהו ל"ל דקושית הש"ס קאי מחמת כ"ש דאם גזרו באיילונית וזקנה אטו אחריתי מכ"ש שיש לגזור בנתנה לשמא תחזור ובגמלתו לדילמא עדיין צריך להניקו:

ד **והא** דסברי דמהני נשבעה ול"ג אטו לא נשבעה. כי היכי דגזרו גבי הבחנה אטו אחריתי. נראה דטעמייהו דידהו משום דסברי כיון דנתנה למניקה דמי ליוצאת במיאון דה"נ מניקתה מ"ע. רק משום דאכתי יש לחוש שמא תיסדר. ולהכי כיון דנשבעה ונסתלק הגורם הדר דינא לקבוע ההיתר משום דנתנה למניקה ובזה לא גזרו אטו לא נתנה משום דדמי למיאון, וכה"ג פליגי הפוסקים היכא דקידשה ע"י שלוחים בכסף והוא מודית שקבלם אם נדונים משום עדים כיון דנסתלק הגורם או דאמרינן כיון דנסתלקו מתחילה מתורת עדים תו לא נידון רק משום הודאה לחוד וא"מ. [עיי' בש"ע אה"ע [סי' ל"ה ס"ב] ובח"מ וב"ש שם. והרשב"א קידושין [דף מ"ג ע"א] נסתפק בזה] וה"נ כיון שנסתלק להיתרא דנתנה משום חששא תו אינו חוזר וניעור לקבוע היתרא משום דנתנה רק משום דנשבעה. ובזה איכא למיגזר

אטו

אטו ל"כ, וכד דייקת תמלא בריש עירובין [דף ה' ע"א] בתוס' ד"ה סוף מבוי דפליגי בכעין סברא זו רש"י ותוס', דלרש"י דינא כסוף מבוי משום דחוזר וניעור. ולתוס' דינו כתח"מ. נמצא לפ"ז אין לפקפק דבכ"ד מהני מה שנתנה להניקו ושמעה דד מפיו יותר משני חדשים בחיי הבעל עד עתה שהוא יותר משלש עשר חדשים. גם אין לפקפק משום דקצת אחרונים מחמירים דלא סמכינן ע"ד רופאים מה שהעמידו על אומדן דעתן. משום דכל היכא דנראה קצת רגלים לדבריהם, סמכינן לכ"ע כמבואר בתשו' פמ"א [סי' י"א בח"ר], וגם היתרא של פ"י בק"א שייך כאן ביתר שאת כיון דעתה נסתלק חשש סכנת הולד רק משום גזירה או קנסא הוא דיש לחוש אזי מותרת לאחר ע"ו חודש:
לכן נלפע"ד ברור דאשה האלמנה הזאת מ' פיטשע שהיתה אשת מוהר"ר ישעיה מותרת לכנסא אפי' בטעם אחד מכל הנ"ל בפרט באצטרפות כל הטעמים יחד. ובלבד שתשלם שכר מינקת עד תום כ"ד חדש ושתשבע המינקת עד"ר שלא תנשא בתוך הזמן ולא תחזור. ולדעתי ברור שכל חכמי הדור וכל איש מבין יסכים להתירה לאחר עיון היטב בפוסקים ובכל מה שכתבתי:

סימן לא
בדיני אישות

ב"ה יום ג' ט' שבט בתורה לפ"ק קוטנא יע"א

הן קבלתי מכתבו עם חד"ת הנחמדים ביום ה' בשבוע העבר ולגודל טרדותי לא יכולתי להשיבו תיכף לעומת כבוד יד"נ נ"י וגם היום עסקתי מן העת שלפני אשר אפפו עלי בעניינים שונים למען אמלא רצונו כאשר קותה נפשו. הגם שבלתי איפשרי להשיבו על כל קוץ וקוץ תילי תילים כאשר קותה נפשו הרחבה וידו הגדולה בגפ"ת ובכל אלה למאה נפשו לשמוע ממני בלמודים אוחילה לבל יאשימני בזה. בשכבר הודעתי למעכ"ת כי ידי כבדה עלי להאריך בכתובים וגם עשתנותי נבוכים בטרדות שונות וכפולות בלמודים אחרים, כי בעניינים האלו כבר יגעתי בעזה"י והערכתים בספרי זית רענן ח"ר ונשרפו בתוך הדפוס בוואַרשא ומעט מזעיר אשר הוצלו:

בדבר שאלתו בנידון עגונה מעיר אחת אשר בעלה רצה לטבוע א"ע ועכבוהו, ואח"כ נעלם מהם ומצאו אחר איזה שבועות מת אחד על הנהר והוציאוהו מן הנהר ונשתהא איזה ימים והביאוהו לעיר הנ"ל, והכירו אותו ב' עדים בטביעת עין. וב' עדים אחרים לא הכירו אותו. אמנם הכירו בטב"ע את הבגדים שלו היינו (הפאַטשט והשטיוויל) שלו:

א **ראשית** דבר בדבר אשר התווכח מעכ"ת עם רב גדול אחד שליט"א בפילפולו העלה להתיר. והנה מתחילה אשתעשע בדבריו הנחמדים. ואח"ז בדברי מעכת"ה נ"י:

והנה עיקר הדבר אשר שת ליסוד ומצב להתיר מדברי הרמב"ם [פ"ז מה' נחלות ה"ג] והוכיח מדבריו הא דאין מעידין אלא עד ג' ימים דאינו אלא חששא דרבנן שהרי פסק בכל הני דאין מעידין שהאחים יורדין לנחלה ע"פ, [ומסתמא כל הני דתנן במתניתין יבמות (ק"כ ע"א) דמו להדדי וכמו שכתוב בתשובת הריב"ש (סי' שע"ש) לפי שיטתו שם דאם נשאת הנא]. ולבבי לא כן ידמה ואדרבה מוכח מדבריו להיפוך דס"ל שהוא מדאורייתא, והוא מדקדק שם דדווקא אבד זכרו וגם שמעו בו שמת דהיינו ע"י קול הוא דיורדין לנחלה ע"פ, ש"מ דבלא זה אין יורדין, וגם גבי א"א אם נשאת תצא, והרי הרמב"ם פוסק לכלל גמור דבכל חששא דרבנן אם נשאת ל"ת, [עיין פרק י' מה' גירושין ה"ב] וטעמא דמילתא דאנן פסקינן בבבא בתרא [דף קע"ב ע"ב] ובש"ע חו"מ (סי' מ"ט) דלא חיישינן לנפילה, ולהכי בנמצא מגויד או צלוב לכדתימא שאינו זה הרי בע"כ צ"ל שבעל האשה הזאת נאבד בתוך העולם וכיון שעברו איזה שנים ולא נשמע ממנו מש"ה הוא דאמרינן שהוא בעל האשה הזאת כדי שלא נחזיקהו בנפילה, וכ"כ בס' זית רענן ח"ר [בתק"ע ה"ג סי' ב' אות ח"י] ועיי' עוד שם (סי' ב' סוף אות ג') מה שכתבתי בזה:

ב **גם** בדבר שחידש הרב הנ"ל על קושי' תוס' [בכורות דף כ' ע"ב] ופוסקים דנפשי מה לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה גבי

רוב מצויין אצל שחיטה ותירץ דגבי איסורין הוא דאזלינן בתר רובא שהרי אין צריכין לתורת עדות שהרי עד אחד ואפי' אשה נאמנים משא"כ בדבר שבערוה. וכן לענין ממון דאינה נאמנים ובעינן דווקא לתורת עדות ומש"ה לא מהני רובא:

יש לדחות דאם באנו להשוותו לע"א א"כ גם להחמיר לא יועיל רובא שהרי ע"א אינו נאמן אפי' להחמיר. ורובא בוודאי מהני להחמיר. גבי רובא מקדשי והדר מכבלי [קדושין דף נ' ע"ב] לדעת תוס'. ולדעת רש"י דחיישינן דקדשה בסבלונות הוא להיפוך. וחיישינן מדאורייתא שהרי החמירו מדרבנן לחוש גם למיעוטא לגירסת הר"ח. ש"מ דגבי רובא הוי חשש מדאורייתא [הגם דחזקת פנויה מסייע למיעוט]. וע"א בקידושין לא מהני לכל הפוסקים. (עיי' ש"ע אה"ע סי' מ"ב סעיף ב') זולת הסמ"ג לבד שהחמיר [ואפשר שהוא רק מדרבנן] ועוד דגם באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י יבמות (ד' קי"ט ע"א) משמע דאינה מתייבמת מדאורייתא, ועוד הכי ס"ד דגבי דבר שבערוה ל"א רובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא שהרי גבי ממון גופא מבואר להדיא דאזלינן בזה בתר רובא וכן גבי נפשות [סנהדרין ס"פ ע"א], ובע"כ צריכין לחלק דהאי רובא עדיפא, ובדרך זה תירצו בתוספ' בכורות ג"כ על רובא דמצויין משום דהאי רובא עדיף. שהרי אין לומר דדוקא גבי דבר שבערוה הוא דלא מהני רובא משום דבעינן עדים. שהרי מועיל מיהת גם גבי דבר שבערוה שיצא לכלל ספק מדאורייתא כמ"ש, וכיון שכן שפיר הקשו דא"כ גבי איסורין נמי נימא סמוך מיעוטא לחזקה דלענין ספיקא שוב אין לחלק בין דבר שבערוה לשאר איסורין דמה לי איסור לאו או איסור כרת לענין הנוגע בדאורייתא רק בדרבנן מצינו שהחמירו באיסור כרת, עיין יבמות (דף ל"ו ע"ב) בתוס' ד"ה הא לא [וברש"י יבמות ד' קי"ט ע"א ד"ה נהי]:

[גם מ"ש דגבי אשה שהלכה לא תנשא מדאורייתא לדעת הרמב"ם, לא משמע כן מדברי קדשו [פ"ג מהלכות יבום הס"ז] שלא הביא שם בפירוש דלא תנשא רק בהבלעה בעלמא במתק לשונו שם איזה פעמים. ומשמע מזה שהוא רק חומרא בעלמא מדרבנן:

ג **כללן** ש"ד דלדעת התוס' איכא תלתא רובי, רוב גרוע כגון האי דרוב תינוקות בקידושין (ד' פ' ע"א) ובתוס' שם תד"ה סמוך. ורוב בינוני וכנגד רוב זה הוא דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. ורוב מעליא כגון רובא דמהני אף לד"נ ומכ"ש גבי ממון כדאיתא בריש סנהדרין (דף ג') ועיין שם (דף ס"ט) דרובא דיולדות לתשעה מהני אפי' לענין נפשות ומכ"ש לגבי ממון. וכן רובא דטעו בעיבורא דירחא דמהני לענין נפשות ולענין ממון [וכן מבואר בח"מ סי' ל' סעיף ז'] אלמא דל"א בהנך רובי דעדיפי סמוך מיעוטא לחזקה. וכן רובא דאין סריסין ואיילונית מהני ג"כ בין לדיני נפשות ובין לדיני ממונות. דמסתברא בזה כמ"ש בתוס' ריש סנהדרין דדוקא רובא דלרדיא שהוא רק רוב בינוני הוא דלא מהני גבי ממון. וכן בד"כ לא אזלינן בתר רוב כזה. ומ"ש בב"ק ריש פ' המניח דדוקא רובא דדייקים הוא דמהני לד"מ אבל בשאר רובא אע"ג דמהני לד"נ אבל בד"מ לא מהני מידי משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. אינם מובנים כלל שהרי גם בד"נ איכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה שהרי אית ליה חזקת כשרות וחזקה דגופא שישאר בחיותי' כאשר הי'. ומלבד זה הרי רובא דטעו בעיבורא דירחא דמהני גבי ממון [וכ"מ בתומים סי' ל' ס"ק י'] אע"ג דא"ל סמ"ל. וכן רובא דאין איילונית וסריסים מהני ג"כ לענין ממון לענין כתובה וכה"ג. וצריכין לדחוק טובא ליישב דברי התוס'. אלא מחוורתא דמילתא דכל רובא דמהני לענין ד"נ ש"מ דהוי רובא מעליא וכהס דל"א סמוך מיעוטא לחזקה גבי ד"נ ה"ה נמי לענין ד"מ ודבר שבערוה:

ד **ועפ"ז** דבריהם יבמות (דף ל"ז ע"א) בד"ה וחו וז"ל תימא דאמאי לא מוקמינן לה בחזקת היתר ליבם וכו' דסמוך מיעוט יולדות לשבעה לחזקה וכו' יעו"ש היטב. וזה תמוה כיון דרובא דיולדות לתשעה מהני לדיני נפשות כדאיתא להדיא סנהדרין (ד' ס"ט) לענין בן סורר ומורה שוב לא שייך למימר בי' סמ"ל, דאי לא תימא הכי לא יהרג בן סורר ומורה רק עד תרי ירחי ותילתא משום סמוך מיעוטא לגבי חזקת פטור דידיה (ויש לדחות בדוחק). וממילא נקל בזה ליישב ג"כ עיקר קושייתם שהרי עודנה קשה דנימא אוקי רובא לגבי רובא ונעמידנה על חזקת היתר ליבם. דהיינו טעמא דרובא יולדות לתשעה עדיף טובא שהרי מהני אף לענין דיני נפשות, ורובא

דניכר

דניכר לשלשים ימיה לא מהני לסלק ולנגד לרוב אלים כזה, רק בהדי חזקה דידה הוא דמהני לאשווי ספיקא ואז נידון כספק השקול ומש"ה חייב באשם תלוי והולד שני ספק ממזר :

אחר כתבי זאת אמרתי להשאיל ספרו של הרב הגאון אמתי מרן הקדוש מוס' ע"א זצוק"ל והראה מ"ש שם בזה בס' דרוש וחידוש ומלאתי את שאהבה נפשי . ותוכן דברי קדשו שהרי בע"כ צ"ל דקושיית התוס' קאי מסתימת המשנה משמע דאתי אפי' כר"מ ולדידי' דחיים למיעוטא מדרבנן והיכא דא"ל סמוך מיעוטא לחזקה חיישינן מדאורייתא [ועיין בתוס' יבמות דף קי"ט]. אבל לרבנן לק"מ דגם היכא דאיכא להסמיך מיעוט לחזקה הוא רק מדרבנן להחמיר [וכמו שאכתוב בזה לקמן] אבל הכא דאיירי לענין אשם תלוי ולענין ספק ממזר פשיטא דאזלינן בתר דינא דאורייתא . וזאת הניח שם בלע"ג דאמאי לא הקשו תוס' להיפך ויהוב הקושיא גם לרבנן דנוקי רובא דיולדות לט' נגד רובא דניכר לשלשים ימיה ונסתלקו שניהם והדר נוקמינה אחזקה דנתחזקה בח"ה ליבום והניח בלע"ג [ועיין בספרי תפארת ירושלים מס' יבמות אות מ"ו] :

ולדברינו הנ"ל יתיישב היטב שהרי בע"כ צ"ל בלא זה שיסוד דבריהם אזדו הכא לשיטתם בב"ק והוא דק"ו דריש סנהדרין (דף ג' ע"ב) דיני ממונות מדיני נפשות הוא רק ברובא דדיינים לפי שנתברר להם בבירור גמור שדעתם עיקר ודעת היחיד החולק בטל לגמרי ודעתם אמת ונכון להלכה ודעת החולק דעתו נכזבה מש"ה לא שייך לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה שהרי דעת היחיד כאילו לא היה לגמרי . משא"כ בכל רובי ומיעוטי דמ"מ לא נוכל לומר דליכא מיעוטא כלל מש"ה לא אמרינן דניזל בתר רובא משום דאיכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה לגבי ממון וכן בכל דבר דא"ל סמ"ל לא אזלינן בת"ר . וצ"ל לדעתם דגבי נפשות ל"ש סמ"ל משום דבוודאי עבר לפניהם והוחזק לרשע ומש"ה קסברי שם דאפי' ברובא דמלינו להדיא דאזלינן בתרי' בד"כ מ"מ ל"מ בד"מ משום דא"ל סמ"ל . וגם צ"ל דהאי רובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא דאזלינן בתרי' אפי' בד"מ . דש"ה דליכא למימר סמוך מיעוטא לחזקת ממון משום דאיכא חזקת כשרות דעדים נגד החז"מ דידיה . וכן רובא דאינן איילונית לענין כתובה צ"ל שמל"ח משום דהכתי לא נמלא ריעותא לפנינו . וכמ"ש הב"ש (סי' ט' סק"ד) על קושיית תוס' יבמות (דף ס"ה) יעו"ש היטב :

[**ובזה** יש מקום לייסב הסקלא ועוי' דש"ס סנהדרין [דף ס"ע] אם אזלינן בד"כ בתר רובא אע"פ שכבר קבעו ביה מסמורות נמועות בריש חולין דאזלינן בתר רובא עי"ש [דף יא] וכן הקשה הר"ן . דהתם שאני דלא נמלא ריעותא לפנינו, והנידון הוא על אדם ידוע, משא"כ הכא גבי בן סו"מ שהנידון הוא על דבר ענין שמבחוץ אם בתרי ירחי ותלתא ראוי לקרות אב, וכן בעדים שהריעותא לפנינו . והא דמביא הש"ס ראיה מקטנה אע"ג דליכא ריעותא לפנינו מ"מ כל היכא דאיכא לברורי להמתין עד שתגדל לא גרע מהיכא דאיכא ריעותא, אבל לענין כתובה שכתבנו ל"ש לומר דאיכא לברורי שהרי תפסיד עד עת היא, ועיין מכות (דף ג)] :

ולפ"ז ניחא דלא וכלו להקשות דנוקים רובא בהדי רובא והדר נעמידנה אחזקת היתר ליבום . דזהו פש"ל דרובא דמלינו להדיא דאזלינן בתריה אפילו בד"כ אע"ג דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה . אזי רוב זה אלים יותר משאר רובי דלא מלינו בד"כ, מש"ה רובא דיולדות לט' מלינו להדיא בסנהדרין (דף ס"ע) דאזלינן בתריה בד"כ נתעלה למעליותא נגד רובא דניכר לשלשים ימיה . [שהרי התם גבי סו"מ אפילו דנידון כמחלה ע"מ אם ניכר לשלשים או לא מ"מ מספיקא לא קטלינן ליה] , ומש"ה הקשו רק ע"י סמ"ל משום דאפילו ברובא דאזלינן בתריה בד"כ מ"מ ל"מ בד"מ משום דא"ל סמ"ל ושאני ד"כ דל"ש ביה סמ"ל כמ"ש לעיל לשיטתם בב"ק, ועיין :

הוכן הא דאמרינן יבמות (דף ק' ע"ב) הוא אינו יורש אותם וכו' הוא ג"כ מטעמים שכתבנו דאע"ג דאיכא רובא דאזלינן בתריה אפילו בד"כ היינו דיולדות לט' ואפ"ה אינו יורש את הראשון הוא ג"כ מטעם דסמכינן רוב השני [דקלישא מיניה טובא] והוא רובא דיולדות לט' ניכר לשלשים ימיה לגבי חזקת ממון לפי דנכסים בחזקת יורשים קיימי והיינו היורש וודאי . וא"ל דניזל בתר רוב דיולדות לט' והוא היורש את הראשון וקיימי הנכסים בחזקתיה . דזה אינו מן המדה והשכל הישר דערש שבאנו לידון מחמת הרוב כבר גזרנו עפ"י תורת הדין דאין ספק מוציא מידי ודאי והוחזקו הנכסים בחזקת היורש ודאי ורק ע"י הרוב דיולדות לט' אתה בא להוציאו מידי חזקתו הראשונה, לכן אמרינן סמוך רוב השני לגבי חזקת ממון ועודנו נשאר בחזקתו הראשונה . ולדבריהם בב"ק אמרינן סמוך מיעוטא לבהדי חז"מ . ולקושטא גם התם קשיא קושיא זו בעצמו מה שהקשו (בדף ל"ז) דא"כ אמאי אינו יורש את השני כיון שכבר הורע כוחו של חז"מ מפני שכבר נרפת את חז"מ לבהדי מיעוטא דיולדות לז', ועיין בעה"מ ורמב"ן כתובות ריש פ' האשה שנתארמלה דאפי' ע"ש חזקה ורובא מוליאין . והא דלא הקשו על משנה זו מפני שהתם יש לומר דאיירי כפשטא דמילתא שכבר יש לה בנים מן הראשון רק על ולד זה הוא דנוספ"ל ושפיר איפשר לומר משום דאיכא רובא אחריתא דרוב נשים מתעברות ויולדות וכאשר דחו התם רבותינו בעלי תוס' יבמות [ד' ל"ז] רק דהתם דחיקא להו משום דמשמע דאיירי כששהתה תחת בעלה ולא ילדה ועומדת בחזקת היתר ליבם . ועיין בכ"ז ויש"ש ג"כ עיונו בדברי רבינו אמרי יבמות (פרק החולץ סימן ח') גבי ספק ויבם בנכסי מיתנא. דהיכא דליתא לסבא אזי הנכסים בחזקת יבם קיימי משום דאין ספק מוליא מידי וודאי והוא כמ"ש :

וגם בעיקר מ"ש [הרב הג' מובא באות א'] דגבי דבר שבערוה לא מהני רובא ואמרינן סמ"ל מדאורייתא . והחליט זה נגד כל האחרונים, ועי"ז נתיישב לדעתו קושיית התוס' בכורות (דף כ') על רוב מלויין אלל שחיטה [כנ"ל באות ב'] :

והנה מזה כביר שמעתי לשמעו הטוב וגודל תשוקתו ושקידתו על דלתי התורה בש"ס ופוסקים אהבת עולם אהבתיהו . אבל בזה לא נחה דעתי כי ירהיב בנפשו עוז וילא לחלוק על כל דעות רבותינו האחרונים טרם שישים עיונו הזך בש"ס ופוסקים :

והרי איתא להדיא בריש גיטין דאמרינן לרבנן רוב בקיאים הם ולר"מ דחיים למיעוטא וכו' ורבנן הוא דאצרוך וכו'. הרי להדיא כדבריהם דלרבנן מספיק ברוב בקיאים לחודא להכשר דאורייתא רק לר"מ הוא שחידשו מטעם התם ספרי דדייני מיגמר גמירי הרי בע"כ צ"ל דלא אמרינן סמ"ל מדאורייתא אפי' בדבר שבערוה . וזהו שחידשו תוס' דרוב מלויין א"ש עדיף והוי כמו מיעוטא דמיעוטא מפני דדמי להתם ספרי דדייני ה"ה נמי בכל המתעסקים בשחיטה . רק בדבר שבערוה החמירו לכתחילה אפי' במיעוטא דמיעוטא כמו במים שאין להם סוף וכדומה . כמו שכתבו תוס' בכ"ד :

גם מסוגיא דסימנין משמע כן . שהרי אם אמרינן סימנין דאורייתא לגבי אבידה מהני נמי גבי גט אשה וגבי סימני המת . דמ"מ לא עדיפי סימנים מרובא, שהרי אם אמרינן סימנין דרבנן ל"מ אפילו לגבי אבידה בע"כ צ"ל דמיגרע גרע מרובא שע"י רוב מחזירין האבידה ק"ו מקורבא גבי ניפול בבבא בתרא (דף כ"ג) . והשתא את"ל דסמוך מיעוטא לגבי חזקה הוא דאורייתא איך נלמוד מסימנין דאבידה לגבי גט אשה וגבי מיתה . ואע"ג דגבי גט א"ל משום דידעינן שבשליח זה היה הגט בידו כבר . ומאחר לא ידעינן . מ"מ לגבי מיתה מא"ל. [ובשלמא אי אמרינן דסמוך מל"ח הוא רק מדרבנן, אפ"ל דוקא גבי יבם זימנין דהניא ליה אבל לגבי בעלה איתרע ע"י דיוקא דידה] , ומה הקשו שם ממתניתין דאין מעידין אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו . (ומהאי דאין מעידין עה"ש ל"ק דיש לומר דמכללו שמעינן דאין מעידין אפי' כשידעינן שבעל האשה הלך בדרך זה והוי דומיא דגט אשה וכמו האי דילחק ר"ג לדעת רמב"ן שם) :

אמנם למ"ש בס' זית רענן בתק"ע נדחה ראיה זו שתירלתי בזה דברי ריב"ש דס"ל דגבי מיתה איכא תרי חזקה וקשיא לדידיה מקו' הש"ס דאין מעידין וכו' אע"פ שיש סימנין וכו' וכן מקו' הש"ס בכורות (דף מ"ז ע"ב) לר"י דפדחת פוטרת בכ"מ אפילו לנחלה ממתניתין דאין מעידין . ומאי ק"ל דלענין הכרה סגי ברובא ורובא דאינשי מינכרי ע"י פדחת בלא חוטם משא"כ בעדות אשה דא"ל סמוך מיעוטא לחזקה . א"ו דזהו גופא מדרבנן וקס"ד דלענין דרבנן מהני מיהת ס"א דגוף או דכלים ול"א לשאלה כדאיתא בתשו' הרא"ש [כלל ב' סי' ט"ז] , ומשני כיון דעיקרו דאורייתא חיישינן מיהת מדרבנן ומש"ה ל"מ אפי' בהדי לירוף דסימנין וכלים . ודוחק לומר דמשום דדייקא מרעא לחזקת א"א גם בתחילתו דאיכא חשש בדדמי אפילו לענין דאורייתא . ועוד דע"כ ל"מ אלא בסופו כגון לגבי תו"ח [בתוס' כתובות כ"ב ע"ב ד"ה הבא] או בעה"א [יבמות נ"ג ע"ב קט"ו ע"ב עיי"ש] אבל בתחלתו ולענין דאורייתא רחוק מן הסברא לומר כן :

ומה

ז **ומה** שנתעורר בסימנין וסימנין יהיה בבבא מציעא [דף כ"ח] אמאי לא אזלינן בתר קורבא יפה הערה. איברא תירוצו לא נראה כלל שילא להשוותו לדברי הת"ה סי' ש"ד [מובא ברמ"א רנ"ב ס"י] ומקורו מדברי התוס' ריש ב"מ שהנפקד תופש בחזקת שניהם וכן מוצא האבידה מוחזק בחזקת שניהם ומסיק שם להלכה בשנים שהפקידו כלים זה הרבה והשני פחות ממנו דהיכא שנאבדו ממנו אמרינן כל דפריש מרובא פריש דאע"ג שהנפקד מוחזק בחזקת שניהם מ"מ לסלק הרוב בעינן חזקה מעלייתא. אבל מחזקה רפויה כזה מוציאין. והוא שכתבו בתוס' דכל שבא לידו שלא מדעת בעלים אזלינן בתר רוב והכא לסלק הקורבא דגרע מרוב מהני גם חזקה כזו. ואין הנידון דומה לדבריהם דהכא מוצא האבידה הוא כיד הבעלים ועומד ברשות בעלים למי שהן. וכיון דדינא הוא דאזלינן בתר קורבא והוא הבעלים של האבידה זו. אזי גם המוצא הוא רק כמוחזק בעדו ולא בשביל האחר. ובעובדא דהת"ד הרי היה מתחילה קודם שנאבדו מוחזק בחזקת שניהם וכן בתוס' יומא [דף פ"ה ותוס' ספ"ק דכתובות גבי תינוק מושלך] דהתם אם לא ניזל בתר רוב הרי היא של המוצא עצמו. ועוד דאכתי קשיא גם אדרבא שניהם אינם מוחזקים ואמרינן ביה כל דאלים גבר [ב"ב דף ל"ד ע"ב] אמאי לא אזלינן בתר קורבא כמו גבי עגלה ערופה דאמרינן שהקרוב עשה המעשה הזאת, ה"נ נימא שהקרוב משפת הים הוא עשה האבדה או קנאה ולא הרחוק. ונראה לי דעיקרא דמילתא דלא מצינו למיזל בתר קורבא. רק בשמא ושמא. אבל לא כנגד ברי דהידך. בוא וראה גודל מעליותא של טענת ברי שהרי אפי' בשו"ש אזלינן בתר חז"ה כמ"ש תוס' כתובות [ד' ל"ו] גבי חרשת ולגבי ברי למ"מ אפי' בו"ב. ועיין ברא"ש [פ"ק דכתובות סימן ח"י] גבי משארסתני נאנסתי דנתעלה טענת ברי דידה אפי' נגד חז"מ וס"ס ורובא דרצון שכולם מסייעים לבעל ולגבי דידה ליכא רק ח"ה וטענת ברי. וא"ה מהני נגד חז"מ דידיה גם בשו"ש וברי דידה קיימא נגד ס"ס [דעדיף מרובא לכ"פ] ונגד רוב רצון:

ח **גם** מ"ש דבדבר דרבנן יש לסמוך על כלים דלא מושלי כמ"ש האחרונים. הנה בזה אין לספק, איברא כבר כתבנו [באות א'] שגם הרמב"ם ס"ל דהך דאין מעידין הוא מדאורייתא ואפי' אם נשאת תצא רק היכא שאבד זכרונו דהיינו שכבר עברו איזה שנים ולא נשמע ממנו כלל. הוא דלכתחילה לת"נ. ואפי' למ"ש בס' זי"ר ליישב קו' כ"מ דבתחילת דבריו לא נקט רק שאבד זכרו ולבסוף נקט גם ששמעו בו שמת בהדייהו דהיינו דמשום דלא תלא סגי באבד זכרו לחוד משום דאשה דייקא ומינסבא מרעא לחזקת א"א. [ונ"ל דהכא סמכו גם בתחילתה על דיוקא דידה משום צירוף כל הנך למעליותא דראוהו מגויד וגם א"ז]. אבל להורידם לנחלה הוא דבעינן גם ששמעו בו שמת. אבל מ"מ היכא דלא אבד זכרו אזי תלא מדאורייתא לדעת הרמב"ם והריב"ש [סי' שע"ש], ולא מצאתי מי שיחלוק עליהם. רק ראה זה מצאתי בתשו' מהר"ם מרוטנבורג [תשו' תקע"ב] וז"ל בתה"ד ויש מקומות שהחמירו חכמים ולא חשו לעיגון כמו במשאל"ם וכן דראוהו מגויד או צלוב שהחיה אוכלת בו ולא אזלי בתר אומדנא דמכיה. ומה שלפעמים הקילו משום עיגונא מפורש בפרק יש בכור כי אקילו בסופה וכו' עכ"ל. ולקושטא יש לספק בנידון זה גם כשאבד זכרו אם מהני אפי' בדיעבד אע"ג דא"ז הוי אומדנא טובא למעליותא עיין בתרומת הדשן בפסקי מהרי"א [סי' קל"ע] שהתיר בדיעבד כשניסת עפ"י חכם שהתירה רק משום דאבד זכרו. [אע"ג דחלילה לנו להקל בזה אפי' בדיעבד כיון שלא נמצא בפירוש דבר זה בראשונים ואחרונים ועוד שהרי מדברי הרמב"ם [פרק ז' מהלכות נחלות ה"ג], מבואר להיפוך דדוקא במגויד או צלוב הוא דמהני בדיעבד היכא דא"ז], מ"מ זהו דוקא באדם בן דעת שדרכו לספר ולהגיד שמו ומקומו. אבל באיש הזה שהוא בעל מ"ש ודרכו להתבודד בפ"ע ואינם משיחים עם הבריות כלל אפשר דלמ"מ אפי' ע"י צירוף ש"ע גרוע כגון באשתהי גם בשכבר ניסת:

ט **ומ"ש** כיון שהכירו [הפלאשטש והשטיוויל] בע"ע הוי ככלים דלמ"ש וכדברי המהרי"ט דבכל הבגדים ל"א לשאלה. אתפלא עליו מאד היאך יעלה על דעת נבון ומשכיל כמוהו לטעות בזה. דמהרי"ט מיירי בכל הבגדים כולם באין מחסור אבל באיזה בגדים לכ"ע חיישינן לשאלה, וכ"מ להדיא מדברי רש"י יבמות [דף ק"כ ע"ב] בד"ה מנחשי וכו' ואי קשיא הא קתני או שנמצאו בין כליו כו' ל"ק כליו דמתניתין היינו בגדיו ודרך להשאיל מלבושים עכ"ל עיי' בתה"ד בפסקיו (סי' קס"א) וז"ל בתוך הדיבור נראה דוודאי לא היה דעתו דנסמוך על סי' כלים לחוד דתלמוד ערוך הוא דחיישינן לשאלה רק טבעת כיס וארנקי ואוכף כדמפרש בהו תלמודא טעמא אמאי לחל"ש, אבל שאר כלים דלא מפרש תלמודא. מסתמא אין לנו לבדות סברא מלבנו ולומר דאף בהו לחל"ש כו' יעו"ש [ולע"ק דמשום דברי רש"י הנ"ל ל"מ הכי ונ"ל דקאי רק על מלבושים כולם ואפי' בכתונת א' חיישינן לשאלה]:

ומ"ש בתחילת תשובתו דבנידון זה לא נסמוך על דעת הר"ת [בתוס' יבמות (דף ק"כ.) ד"ה אין וגם הטור (סי' י"ז) מביא דעתו] דאם גופו שלם מעידין אפילו באשתהי. משום דעיקר סברתו מפני דגופו שלם ניכר לכל בלא נידנוד ספק וכל הרואה אותו יאמר כי הוא זה ולא יפיג לבבו. אבל בנ"ד ששנים הכירוהו ושנים לא הכירוהו נראה להדיא שנשתנה כל כך עד כי אי אפשר להכירו עוד בפומבי בע"ע ושפיר איכא למיחש שע"י שינוי שגו המכירים ברואה ונדמה להם שזהו. וזהו סברא נכונה וראוי למ"ש:

ובעיקר הדבר כבר הוא מבואר בריב"ש (ס"ס שע"ח) דהיכא דלא חזו בשעתיים דאפילו לדעת ר"ת לא מהני מידי אפילו כשגופו שלם דר"ת לא מיקל אלא ביבשה לאחר ג' ימים אבל במים גם לדעתו ל"מ גופו שלם היכא דלא חזו לאלתר. וכ"מ בתשו' מהר"ם אלשקר (סי' קכ"ה קכ"ו) ולא נמצא מי שמיקל בזה רק דעת הטור דבלא ראו הטביעה ל"ב לאלתר:

י **גם** מ"ש הרב הנ"ל בסוף דבריו דגוסס שנפל למשאל"ם יש להתיר ע"י תרתי רובי כדברי תשו' הריב"ש, ול"ק מדברי התוס' (דף קכ"א) ד"ה ולא היא דהתם לא נולדו תרי רובי בבת אחת כמו דמצינו גבי ס"ס. זהו ג"כ סברא נכונה וישרה לחלק במקומו. איברא דעדיין תקשה מתשו' מהר"ם מרוטנבורג (סי' תתקע"א) שאוסר להדיא במשאל"ם אפי' במקום ערסים וסלעים ועקולים וגלים גדולים היו הולכים ושוטפים כל הנמצאים יעו"ש. לכן בספרי (בתק"ע ח"ג ס"א בסוף אות ז' וח') חלקתי באופן אחר כדי להשוות גם לדעת מהר"ם מר"ב יעו"ש:

לכן כעת צדדי היתר של העגונה הזאת רפוים המה למאוד עד שאשיג את הגב"ע בבאר היטב מתי נאבד ומתי נמצא ומתי ראו אותו ובנתיים באיזה מקום היה אם בבית או בחוץ אם היה בזמן הקור אם לא ואז ברצות ד' ית"ש אולי אמצא רפאות תעלה לעגונה הילדה הזאת: עד כה הארכתי מפני כבוד התורה והחוגים בה ושעשעתי בדברי הרב המפורסם [הנ"ל באות א'] . ועתה אשתעשע את כבוד מעכ"ת יד"נ נ"י:

סימן לב

בענין הנ"ל

א **ראשית** דבריו ידו הדה על קושיית הנו"ב (מהד"ק בתק"ע סי' מ"ג) שהפליא על דברי תשו' הריב"ש שכתב דרובא לא עדיף מתרי חזקה שהרי פרה אדומה יוכיח שהכשירה ע"י רוב ואיכא תרי חזקה המנגדים חזקת שאינו זבוח והעמיד טמא ע"ח. עיינתי בדברי קדשו ולאחר העיון נראה במחכ"ת דלק"מ דמיניה וביה אבא לבדות ב"כ שכל עיקר קושייתו סובב והולך עפ"י הקדמתו שם דהא דרובא וחזקות רובא עדיף מוכח משחיטה גופא. והא גופא תמוה שהרי התוס' חידשו זה בשם ר"ח דמפרה הוא דילפינן לה. ודוחק לומר דאכתי לא ידעינן מסברא דר"א שמביא משחיטה עצמו שהרי גם בתחלת הסוגיא שם [דף י"א] בד"ה מנא ה"מ תירצו כן והוי להו למימר דהך כללא דכ"כ דלא ידעינן דאזלינן בת"ר אכתי לא ידעינן דרובא עדיף מחזקה. דעיקרו דרובא עדיף ילפינן מכל שחיטות קדשים וחולין דאע"ג דאיכא חזקת שאינו זבוח המנגדו ומדוע בחרו להם בפרטא דפרה לחוד:

לכן נראה לפענ"ד ברירא דמילתא דהא דמצרכינן למילף דרובא וחזקה רובא עדיף. זהו היכא דאיכא רובא בפ"ע שלא במקום חזקה המנגדו וגם החזקה הוא שלא במקום הרוב. ולכן במקום דפגעו תרווייהו אהדדי הוא דמצרכינן למילף דאפ"ה רובא עדיף משום דמצד הסברא

הסברא היה מקום לומר דמ"מ במקום חזקה ליתא לרובא, שהרי רובא דהאי מילתא דדנין עליה הוא שלא במקום חזקה, ואכתי מנ"ל שנעמיד גם האי פרטא דאית ליה חזקה שלא יצא מכללא דרובא ודילמא האי פרטא יצא כבר מסוג הרוב המקיפו. אבל היכא דעיקרו דרובא הוא רק במקום חזקה המנגדו ונתברר לפנינו דרובא הכי איתא שלא כפי החזקה תו לא יצא מכללא דרובא. דהא גופא רובא הוא והשם דאזלינן בתר רובא שלא במקום חזקה כלל ה"ה נמי במקום חזקה המנגדו לא נגרע כחו כלל:

ועתה נבא באורה דהא דרובא וחזקה רובא עדיף מלינו גבי חזקה ליבם ורובא לשוק (יבמות קי"ט) דרוב נשים מתעברות ויולדות הוא ברובא דעלמא שהוא בנוי על טבע העולם, לכן השתא שנפגע באשה זו שהיתה בחז"ה ליבם דאכתי יש מקום לומר דילמא לא יצאתה מחז"ה שלה. שהרי על פרט זה ליתא לרובא לדון ולומר דרוב נשים שיש להם צרות מעומדות בחז"ה. המה מתעברות ויולדות, רק דאנו לדון דמסתמא גם במקרה זו לא יצאו מכללא דרובא. וכן בקידושין (דף פ') גבי רוב תינוקות מטפחין. רוב זה ג"כ בנוי על טבע הילדים שממשמשין בכל אבר ימצא להם, אבל אין לומר שרוב תינוקות מטפחין בעיסה שיש לה חזע"ה שנפל עתה במקרה זו. וכן גבי פרה אדומה דאע"ג דרוב בהמות כשרות היינו רוב בהמות דעלמא אבל עתה שנפל הספק על פ"א לטהר הטמאים לסלק חזקתם ליכא למימר דרוב בהמות שבאים לסלק חזקת טומאה כשרים הם. דמנא ידעינן דילמא פרה זו שבאה פעם א' לשבעים שנה (עיין פרה פ"ג משנה ה') [ופוד פרה ראשונה תוכיח] היא מן המיעוט כדי להעמיד הטמא ע"ח. לכן בכה"ג הוא דמצרכינן למילף דאפ"ה אזלינן בת"ר. ולפ"ז תו לא נוכל למילף כלל מכל שחיטו' דעלמא דרובא עדיף מחזקה, שהרי איכא חזקת שאינו זבוח המנגד לרוב. שהרי כל עיקרו של הרוב זה הכי איתא, דרוב בהמות שיש להם חזקת שאינו זבוח, מ"מ נמצאו בבירור לפנינו דכשרים המה. ותו לא נגרע בשמן מנהו מכל רובא דעלמא. וממילא מובן דתו לא קשה מידי על הריב"ש. דבנידון דהתם בספינה שנטרפה בים. שהמציא שם דרובן מתים ואינן נצולים ואפ"ה תלא מדאורייתא משום דאיכא תרי חזקה. חזקת חי וחזקת אשת איש. דהתם איתא לרובא אדעלמא דרוב הנטבעים דעלמא אין ניצולים. וכל כמה שאין הנידון על איש ידוע לית בהו משום חזקת חי. כמו שכתבתי כמה פעמים בזית רענן ח"ר [ומהם בתק"ע הלכה ג' סימן ד' אות ב']. ולהכי כשיסוב פני הנדון על אנשים ידועים איתא לחזקת חי וחזקת א"א. האדרכתי בזה להפיק רצון יד"נ ומובטחני שישים זאת בפלס מאזני שכלו הזך וירא ויבין כי נכון הוא לאמתו:

ונזכרתי דכעין זה כתבתי בזית רענן חלק ראשון [יורה דעה הלכה ב' סימן י"א אות יו"ד] על קושיית מהרש"א בכורות (ד' כ') דלמה ל"א סמוך מיעוטא לחזקה בכל שחיטה:

ב **ומ"ש** יד"נ לתרץ על קושיית נוב"י הנ"ל על דברי ריב"ש דתרי חזקות שוין לרובא. והקשה מפרה אדומה דאיכא תרי חזקות ואפ"ה אזלינן בתר רובא. ותירץ כת"ר דשאני בפרה אדומה דשני החזקות לא נתהוו בבת אחת דתיכף לאחר שחיטה נסתלק חזקה ראשונה דשאינה זבוחה. ע"י רובא, ואח"כ בטהרתה מסלקינן לחזקת טומאה לחודיה ע"י רוב. לא נ"ל כן דכיון שאפר פרה אסורה בהנאה. וגם משעת שחיטה כבר נאסרה, א"כ כל הכשירה משעת שחיטה והלאה הוא רק לטהר את הטמאים הרי זה כאילו הנידון היה מיד על שני חזקות האלו. כמו שכתבתי בזי"ר חלק ראשון (יור"ד הלכה ח' סימן א' אות ב' ג') יעו"ש ויתענג בם:

ג **ומה** שכתב כ"ת לצדד להתיר בעובדא דידן [הנזכר בסימן שלפני זה בתחילתו] משום דהשתא שאלה הוא מדרבנן דחיישינן למיעוטא וגם חששא דמיתפח הוא רק מדרבנן, לא משמע כן מדאקשינן [ביבמות וכ"מ בסוגיא דסימנין] חמור בסימני אוכף היכי מסדרינן. משמע להדיא דמדאורייתא חיישינן לשאלה. ועיין בתוס' בבא מציעא (דף כ') ד"ה מצא. וכן בהאשר"י שם (סימן נ'), אע"ג דמתחילה מסתפק קצת בזה. מ"מ במסקנא משמע דס"ל כדעתם שהוא מדאורייתא. בפרט שגם כמעט כל המחברים מסכימים כן [עיין בשיטה מקובצת], וגם בגוף חששא שאלה פסקינן כן ולית מאן דפליג. רק הנמוקי יוסף. ואחריו נמשך הש"ך (סי' ס"ה ס"ק כ"ז) מסתפק בזה לדינא אם פסקינן כן. אבל זאת מבואר להדיא בדבריו דלדעת רוב הפוסקים דחיישינן לשאלה הוא חשש דאורייתא דאם תמצא לומר שהוא רק מדרבנן פשיטא שיש לחלק בין איסור אשת איש לממון שאין להוציאם מיד המוחזק כגון במצא פירות בכלי. ואפ"ה מוקי לה הש"ך שם בכלים דלא מושלי יעו"ש:

גם באישתהי מבואר להדיא בתשו' ריב"ש [סימן שע"ה] דאפי' אם נשאת תצא. ולא עוד אלא שהבא עליה בחטאת קאי. ובני' בחזקת ממזרים. וגם בספק אישתהי הבא עליה באשם תלוי קאי. ומי יקל ראשו נגד הריב"ש וב"י שהסכים אתו, ול"מ בראשונים מי שיחלוק עליו בזה. גם אפי' היכא דלא אישתהי במים ג' ימים ג"כ אין לחלק כמו דפסקו הרמב"ן ורשב"א [דף קכ"א ע"א] ומטין גם את דברי רמב"ם לדבריהם:

ומה שכתב שהמציא בא' שנטבע במים שאין להם סוף. ושהה עד שתצא נפשו. ונמצא אח"כ שהעלוהו מן המים מת דמדינא גם מדרבנן א"ל שיכירו אותו כיון דאיכא תרי רובי. דרובא דעלמא אינן נטבעין ומסתמא זהו שנטבע. וגם שרוב הנטבעין אינם נמלטים. הגם שכבר נעשה מעשה כמ"ש מעכ"ת. מ"מ אמינא דמסתמא היה גם סניפים אחרים להקל. אבל ע"ז אין לסמוך כלל שהרי פשטא דסוגיא גבי ע"א במלחמה [יבמות קי"א] דבעי הש"ס למיפשט מההוא דהשיא רבי עפ"י נשים דמים כמלחמה דמו ומקשינן ותסברא והא משאל"ם נינהו. הרי דבע"כ צ"ל דהתם איירי דשהו עד שתצא נפשו [ולא עוד אלא דמבואר במהרי"ט [ח"ג סי' נ"א] דאפי' במעיד סתמא שפלוני נטבע מסתמא שהה כדי שתצא נפשו] מדמקשינן ממשאל"ם שהוא מדרבנן ובדלא אישתהי תלא מדאורייתא לרוב הפוסקים אפי' במשיל"ם והכי נקטינן למעשה [זולת קצת מאחרונים שנבוכים בזה להקל], וע"ז מסקינן דאיירי באסקינהו קמן וחזינהו לאלתר הרי להדיא דבעינן שיכירוהו אח"כ בטביעת עין. רק אם אמרינן דחיישי' לדדמי בעינן ג"כ לצירוף סימנין. אמנם לדעת רוה"פ דנפשטה איבעיא מהאי דדיגלת. א"ל לסימנין אמצעים בהדי ט"ע, ועי' ב"ש [ס"ק פ"ג] ובירור הדברים לכל הדיעות כבר הארכנו בזה בזית רענן ח"ר בתק"ע בכ"מ [ויעו"ש ה"ג ס"ד אות י"ד] אבל ט"ע ודאי לכ"ע בעינן גם לדעת הטור והרז"ה והרא"ש דמחלקים בין ראו הטביעה ללא ראו הטביעה דחזי ל"ב לאלתר. אבל לכ"ע בעינן שיכירוהו. רק דבגופו שלם ולא ראו הטביעה לא חיישינן דנשתנה ולדעת מקצת הפוסקים אפי' באין גופו שלם [ועיין בב"ש סי' י"ז ס"ק נ'] אבל בסוג זה כ"ע מודים כדמשמע להדיא פשטא דסוגיא דבעינן שיכירוהו בט"ע. וכי היכי דלס"ד דש"ס בע"כ איירי דשהה עד שתצא נפשו [או מפני דמסתמא אינו מעיד במים עד ששהה]. גם במסקנא לא נדו מיסוד זה ואפ"ה ט"ע ודאי בעינן לכ"ע. ומה שמצדד להקל מפני דבשני עדים ל"ב לאלתר כבר מהפ"ל ליה לב"ש בזה שם בס"ק נ'. אמנם נראה דכל זה היכא דלא מיתפח לפנינו. אבל בכ"ד אם תחקרו בזה יתברר הדבר שכבר נתפח. דכן נראה מסתמא מדלא הכירוהו אחרים היודעים אותו]:

ובעיקר הדבר שהמציא בזה מחמת תרי רובי לא אדע כלל לכלכל את דבריו דמאי ראיה מרובא דאינן נטבעין מ"מ ידעינן דאיכא כמה נטבעים במים בעולם ודרכו של משאל"ם להשיטו מרחוק והביאו שבולת מים לכאן. ומדברי הרמב"ם [פי"ג מהל' גירושין הס"ז] אין לו ראיה של כלום. דרמב"ם בע"כ איירי שנמצא הארכובה באותו מקום שהושלכו שמה וכ"מ להדיא נדבריו. וכן איתא בתשובת כ"ב [סי' מ"ג] בפשיטות והוא משום כאן נמצא וכאן היה, אחר זה ראיתי במ"ש שהרשב"א מביא ראיה לחלוק על הרמב"ם מגמרא זו. ג"כ הפירוש דאם כדברי הרמב"ם לא היה להם להוסיף במסקנא דראוהו לאלתר נימא דמצאו באותו מקום שנטבעו:

גם מה שהשיב על דברי רשב"א יבמות [קכ"א ע"א] במה שהביא ראיה לדבריו לחלוק על הרמב"ם מעובדא דשני תלמידי חכמים [בדף קט"ו] דהתם איירי בלא ראו הטביעה. אתפלא עליו מאד שהרהיב בנפשו עוז להשיג על דברי רבינו רשב"א אשר כל בית ישראל נשען עליו, כבעל איש כערכו. ומלבד שדבריו הם כנגד בעלי התוס' והאשר"י שם דמוקים לה בראו הטביעה דוקא. ומעלתו מספק לגמרי הסוגיא וכבר כתבתי כיון דלס"ד איירי בראו הטביעה ושהו עד שתצא נפשו גם במסקנא למה להם להוסיף באנפי אחריתי, מוטב להניח כדס"ד מעיקרא ולא לגרוע ולהוסיף, ועי' באהע"ז [שם סעיף ל"ב] דפוסק בפשיטות כדעת הרמב"ן ורשב"א ולא נזכר כלל בש"ע דעת הרמב"ם. ועי' מ"מ שפירש את דברי רמב"ם דאיירי בידוע שהוא ממנו יעו"ש:

גם

גם מ"ש להתיר בכ"ד באופן חדש מפני דתולין הקלקלה במקולקל. כיון דמתחילה רצה לטבוע את עצמו. וזהו אפ"ל היכא דאיתחזק בתלת זימני כמו באשה שיש לה ווסת דתולין את הכתם בה ולא חיישי' לאחריתא. בש"ע יור"ד [סי' ק"ל סעי' מ"ט]:

ומ"ש להוסיף בזה משום רוב רצון. וכמ"ש תוס' כתובות בסוגיא דפתח פתוח. הפריז על המדה בדבר דלא דמי כלל לזה. דלכאורה נראה דרוב רצון לא שייך אלא בדברים הנעשים בדעת עפ"י משקל טבע בני אדם. אבל לא בדברים היוצאים מהיקש הטבע. ועי' בירושלמי פ' האומר בגיטין [הלכה ו'] באומר כתבו גט לאשתו כו' אם מעלמו נפל וכו' ספק אם מעלמו נפל אם הרוח דחהו. ושמעינה מן הדא דהשב"ג אומר אם על אתר נפל ה"ז גט ואם לאחר זמן נפל אינו גט עכ"ל. ולפירוש הב"י [סי' קמ"א] דאפי' בלאה"ז אם נפל מעלמו ה"ז גט. רק בספק אינו גט ול"א רוב רצון רק דלאלתר הוא משום דאמר כתבו והוכיח סופו על תחילתו ע"ש. ועוד דזהו דוקא באיש א' והספק הוא רק על האונס והרצון אבל לא בשני בני אדם כמובן:

לכן לדדי היתרא רפויים בעיני ואין בידי להתירה מכבלי העיגון וכמ"ש [בסי' שלפני זה]:

ד עתה אשיב לכת"ה על הדברים הבאים במכתבו בענינים אחרים. על קו' הגאון האמתי הקדוש מוהרע"א בדרוש וחדוש עירובין [דף ל"ב] על קו' הגמרא חולין [דף פ"ו] מ"ש רישא דפטרי רבנן מכיסוי ומ"ש סיפא דאסרי אותו ואת בנו דילמא משום דרוב מעשיהם מקולקלין ולגבי דשיל"מ לא אזלינן בתר רובא בדאורייי' אפי' בדלא איתחזק איסורא והיא קו' אמורה. [אך נ"ל דכוונתו הקדושה היה בקלת שינוי ממה שכתוב לפנינו שהרי את"ל דסבירא להו דרוב מעשיהם מקולקלין א"כ הוי רובא וחזקה ובזה אפי' בדבר שיל"מ מהני. אלא עיקר כוונתו היה דנימא דהוי כמחלה על מחלה וע"י סמוך פלגא לחזקה הוא דנידון כרובא ומש"ה כתב שם בדרוש וחדוש ועי' בתוס']. וראיתי במכתבו שכתב ליישב עפ"י סברת רמב"ם [פ' פ"ז מהל' סנהדרין ה"ו] דהיכא שהוחזק עפ"י ע"א לוקין עליו אח"כ. וה"נ כיון שע"י הרוב נתחזקה הראשונה בנבלה הותרה לו לשחוט אחרים. עודנה אינו מוכרח דיועיל זה לענין דשיל"מ שהרי גם בספק בשחיטה אע"ג דנתחזק לפנינו ע"י חזקת איסור דמעיקרא, אפ"ה אסור באו"ב [עי' ש"ך סי' י"ו ס"ק י"ט] ומאי ראיה ממלקות שהרי בנמלא ורוב חנויות מוכרות בשר נבלה לוקין ע"י רוב ואפ"ה לא מהני בדבר שיל"מ:

ולפענ"ד נראה להקל קו' זו עפ"י דברי רבינו אשר"י בכורות [פרק ראשון סי' י'] דלענין להפרים עלה לעלמו לא מהני ס"ס וכן רובא לא מהני ומביא לזה ראיות מוכרחות יעוי"ש. וכן בתוי"ט [משנה ג'] מביא דבריו בלי חולק כלל על זה דכיון דאין לו הפסד בזה ויכול לעשותו ל"מ ס"ס או רובא. ונמלא דכיסוי ואותו ואת בנו שוים דכל היכא דלית ליה פסידא כלל נידון מדרבנן כמו דשיל"מ. וא"ש ג"כ כוונת תוס' שם בחולין ד"ה סיפא נמי דאע"ג דרוב מעשיהם מקולקלין מ"מ מדרבנן מחוייב לכסות רק משום דילמא אתי למיכל. שהוא ג"כ על יסוד זה כיון דאין לו פסידא נידון כדבר שיל"מ וז"פ וברור:

ה על דברי היש של שלמה יבמות [פרק ח' סי' ל"ד] התמוהין למאד שכ' דלגבי כהן טמא לא מיקרי תרומה דבר שיל"מ מפני דלגבי אחרים לא נאסר ולגבי דידיה לחוד לא נידון כדבר שיל"מ, ודבריו נפלאים מש"ס נדרים [דף נ"ט ע"א] דקונם פירות עלי מיקרי דבר שיש לו מתירין. היה נראה לי לפרש שיש ליישב את דבריו לבל יתנגד מדברי ש"ס ופוסקים ראשונים. דדבר שיל"מ לגבי ה' לא נמלא רק לגבי נדרים שהוא איסור חפצא וכיון שהאיסור נתפס בחפץ עלמו מבו"ה חפץ זה לא נתבטל בתוך האחרים מפני שחפץ זה איסורו בשעתו ויש"מ אח"כ. וכן אפי' באיסור גברא היכא דאיסורא נגרר משום שינוי החפץ כמו שכתבתי בפרט זה בזית רענן חלק ראשון בדיני איסור כולל כגון בתרומה לס"ד דרב אשי יבמות [דף פ"ב] וכן במבשל בשבת דאע"ג דאיסור' איסור גברא מ"מ נאסרה משום מעשה שנעשה בתבשיל זה עיין במ"א [סי' ש"ח ס"ק ב']. אבל היכא דאיסורא משום שינוי דגברא אחד שילא מן הכלל משום זה לא נקבע לו על חפץ זה איסור ואומר דישל"מ וכל כה"ג לא מיקרי דשיל"מ אלא היכא דמעיקרא נאסרה לכל. ולפי"ז בשבועה לדעת מהרש"ל לא נידון כדבר שיל"מ ולא מליע להדיא בדברי ראשונים להיפוך:

ומ"ש מעכ"ת משום שכבר חל הביטול לגבי זרים. לפום ריהטא נראה כן אבל עדיין תקשה דא"כ בנדרים היכא שאוסר אכילה א' על עלמו ועל איש אחר דאזי לגבי אחרים לא הוי כדשיל"מ. [וכ"כ מהרי"ט סימן ה'] מפני שאין היתרו תלוי בו וא"כ היכא שנתערבה ליתסרי גם לדידיה וזה מיחזי כתוכא דהיכא שאוסר רק על עלמו לא בטיל והיכא שהוסיף באיסורו גם על אחר תתבטל:

איברא מה שהוכיח יד"נ מדברי ר"ן בילה ריש פ' אין לדין גבי ס' מוכן ביו"ט שני דבדאורייתא אפי' בלא איתחזק לא אזלינן בתר רובא בדשיל"מ. דבריו נכונים בזה לפום ריהטא. בהם קשיא מהרא"ש וטור יו"ד [ס"ס י"ו] דבאותו ואת בנו שנתערב מחייס דנכבשינהו דניידי הרי אע"ג שהוא איסור דאורייתא אפ"ה מהני ברובא דלא איתחזק איסורא. אולם מדברי ר"ן שם ומדברי רא"ש בכורות הנ"ל נראה דס"ס גרוע מרוב דלא איתחזק, שהרי בס"ם מספ"ל להר"ן בפרק קמא. וגם בפרק אין לדין לא פשיטא ליה כל כך רק מלד הבו דלא נוסיף עלה הוא דמלדד להקל, וברובא דלא איתחזק בנכרים שהביאו בילים ביו"ט פשיטא ליה בפרק קמא [על סוגיית הש"ס בדף ז']. וא"כ יש לומר דרובא דלא איתחזק מהני אפי' בדאורייתא [ואפ"ה הקשה בדו"ח [מובא באות הקדוש] שפיר. כיון דאינו מבואר כן במשנה או בברייתא מנ"ל להקשות דילמא גם רובא דלא איתחזק לא מהני בדבר שיש לו מתירין]:

ו גם מ"ש כת"ר והפליא להמתיק הדברים לדעת הפוסקים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. בנינו מתוקן אכן היסוד רפוי בעיני שעיקר יסודו מוסד על דברי אורים ותומים [סי' נ"ד ס"ק כ'] דבכל שבועה דאורייתא הסברא מחוייבת שישלם. דא"כ בעבדים ושטרות וקרקעות, ופחות משתי כסף, ונשבע ונוטל, דמיעטם רחמנא משבועה אכתי ישלמו ויפשידו ולריכין לדחוק בזה טובא. וזה שנים כבירים בכתבי הלכה תוס' וחילוקא דרבנן בסוגיא דשכיר בזמנו כתבתי שם בטעמא דמילתא בטוב טעם [ימלאהו המעיין לקמן בחלק חשן משפט]:

דברי ידיד נפשו, ואוהבו.

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה.

סימן לג

בדיני אישות

קבלתי על נכון ביום ג' העבר דברי שאלתו ותשובותיו הנמלאים אלנו על נידון זה. אשר הדה ידו בש"ס ובפוסקים לעורר כל הספיקות והחששות בנידון הלז. כאשר אביאם בקלרה. ומעכ"ת חפץ לדעת דעתי בזה. ולפענ"ד נראה להתירה מכבלי העיגון עפ"י דעת רבותינו הקדושים וגאוני ארץ הראשונים והאחרונים נ"ע כאשר נבאר בקילור במעט פילפול. רק הסכרה להלכה זו למעשה בנידון דידן. ובפרט שאני מוטרד מאד בשיעורין כסדרן ובטירדא דמתא. ועד הנה לא יכולתי להשיבו מפני כבודו. גם בקולר אמרים. והיום פניתי מעט לעומת גודל מלוה רבה ולמלאות רצון יד"נ. וזה החלי:

א הן עיקר היתרא דידה סובבים על שני קוטבים. הא' ע"י מכתב רשיון שהשיגו מן הדאקטאר לקוברו בקבר ישראל. וכתוב שמו ושם כינויו ושם עירו. ומסרו אותו לחברא קדישא דשם. והשני ע"י עדות ע"א יהודי מאנשי חיל שהיה אללו בבקר בבית השפיטאל ודיבר אתו ומלאו מוטל על ערש דוי נפוח. ולעת ערב הלך עוד הפעם לבקרו והלך אל חדרו ומלא המטה פנויה. ושאל לאיש חיל יהודי שהיה מונח במטה הסמוכה לו. איה האיש שהיה במטה הזאת. והשיב לו שכבר מת. ולקחוהו לחדר המיוחד למתים. ושם העד איש חיל הוא זאב בר"מ מגלאווני. והיה רעהו של בעל העגונה הזאת. אולם אינו זוכר אם שאל היהודי החולה סמוך למטתו של בעל העגונה, על שמו בפירוש. או ששאל אותו סתם כמ"ש. וקודם לזה איזה חדשים בערך אלי שנה כתב הוא ע"י כותב אחד לגלאווני. וכתב הכותב בשמו בזה"ל. האמינו בהן בלי כמו שהשי"ת אמת, כן אמת שהאיש בעל עגונה זאת נפטר בלי ספק. ואח"כ נתקיים אותו הכתב ע"י הכותב בעלמו בקאלק. כאשר העיד לפני בד"ל שכך שמע מפי

ר'

ר' זהב בר"מ. וגם הקוויטעל מן הדאקטאר בשפיטאל היה ע"י איש יהודי שמשמע שמת יהודי בשפיטאל והלך והביא את הקוויטעל מן הדאקטאר. והוליך את הקוויטעל הנ"ל להרב דממשלה כפי נימוס. והרב רשם זאת בפינקס הלווילנע. ונתקיים זאת בב"ד. וכ"ז נכתב באריכות בגב"ע אשר הח"י. והנה כל הגמגומים והפקפוקים שיש בכל אלה מבוארים ג"כ באריכות בהשאלה. ומעתה אין אני צריך לפורטם. רק הבאתם בקצרה, א'] שהקוויטעל מן הדאקטאר מהמתא היה ע"י שאלה. הגם שהעיד היהודי ההם שכאשר שמע שמת יהודי הלך והביא הקוויטעל. מ"מ רחוק שיתן בלא שאלה. ב'] שהיה מסל"ת עפ"י כתב:

ולפענ"ד נראה דבוודאי אם ידעינן שהקוויטעל מהדאקטאר היה ע"י שאלה. היה ספק עצום בזה. הגם שהמת מוטל לפני היהודי ושאל אותו רק על שמו או על שם עירו מ"מ כבר יצא מכלל מסל"ת. ומן הסברא אין לחלק כלל בין אם שאל אותו על מיתתו. או בשאל אותו על שמו לבד. דמידי הוא עטמא כיון ששאלו אזי מעלה על דעתו דאיכא איזה נפקותא ליהודי בזה. כמ"ש הב"י שם בשם תה"ד [סי' רל"ם], ומה נפקותא תו בין בשאלו על שמו לבד או בשאלו על חיותו. וכן משמע קצת בתוספתא סוף יבמות [פרק י"ד] שמביא שם מתחילה מתניתין דמים שיש להם סוף. ומוסיף שם הפלוגתא דר"מ ורבנן בזה. וגם על מה שמביא בעובדא דר"מ באחד שנפל לבור הגדול מוסיף בזה מה דפליגי חכמים עליו דאין מזכירין מעשה נסים, ועל מתניתין שאח"ז אפילו שמע מן הנשים מוסיף אפי' שמע מן המקוננות וכו' הכל כסדרא דמתניתין. ובמה שאין שם דבר להוסיף שבקי' לישנא דמתניתין לגמרי. ומש"ה שבקי' למאי דתנן שם אח"ז ובעכו"ם אם היה מתכוין אין עדותו עדות ואח"כ הביא משנה שאח"ז דמשיאין עפ"י בת קול. ומביא עובדא באופן אחר ממה דתנן התם. וז"ל באחד שעמד בראש ההר ואמר איש פלוני בן פלוני נשכו נחש ומת והלכו ומצאו שתפחו עיניו והשיאו את אשתו. ובעכו"ם אם היה מתכוין לעדות אין עדותו עדות עכ"ל התוספתא. ומדשבקי' למשנה זו במקומו והביאו כאן על עובדא זו. להדם לנו דאע"פ שהמת מוטל לפנינו אם נודע אח"כ שעכו"ם היה ונתכוין להעיד אין עדותו עדות. [ומשמע להדיא מתוספתא זו כדברי הריב"ש שגם בלא קיבור דברים הוי ג"כ בכלל מסל"ת]. אך בעיקר הדבר נראה כיון שהיהודי מעיד בסתם אין לנו לחוש עוד בשאל מן הדאקטאר את הקוויטעל על שמו ושם עירו. אע"ג דמסתמא לא נתן לו מעצמו. רק דנוכל לומר דשאלו על משפט איש היהודי שמת אם ימסרוהו מיד למכתפים או לא. וכיון שאין הענין מכריח לזה תו לא חיישינן במקום עיגון לדעת הר"ן דס"ל דחיישינן מספיקא. כמ"ש הב"ש [בס"ק מ"ס], גם מבואר בקונטרס עגונות [סי' ר"ס] דיש לומר דישראל מפי עכו"ם תלינן להקל אפילו לדעת הר"ן וריב"ש דמסתמא אם היה בעדות זו כספק לא היה אומר דבריו סתם:

ב **עוד** נראה דאין אנו צריכין בכאן לדין מסיח לפי תומו משני טעמים. הדא דמסתמא ידעו הממונים בשפיטאל עפ"י פנקס הרשום אצלם מספר הרעקרוטען מכל עיר וידעו שיש שם עוד איש חיל מעיר הזאת וגם שהיה אצלו אחד בבקר לבקרו וגם לעת ערב נאהר שמת שאל אחריו את הפעלטשער והשיב לו שכבר מת. וכיון שמסרו את המת ליהודים והוי מילתא דעבידא לאיגלויי מיד. וכל כהאי גוונא נאמן בתורת עדות כיון דידעינן דקושטא קאמר. ושורש הדבר נובע ממעין הגדולה רבן של רבותינו הראשונים מוהר"מ בהגה"מ בה' גירושין [סי' ט'] וזו טעמייהו דרבנן בעובדא דפונדקית בסוף יבמות שהביאו ראיה מפונדקית לעד אחד אע"ג דמסיח לפי תומו עדיף מע"א, רק דחכמים סברי דסימנהו מתורת עדות עפ"י הוכחות דזה קברו וזה מקלו וזה תרמילו דקושטא קאמר. וטפי עדיף עד כשר מעכו"ם שילא מכלל מכל"ת ונכנס לתורת עדות עפ"י הוכחות והומדנות. ור' עקיבא הוא דס"ל דעודנה לא יצאה מכלל מסיח לפי תומו. אע"ג דקאמרו איה הברנו מפני שהוכיח סופו על תחילתו דהא דבכתה הוי כאילו התהילה להתאונן על מיתתו דהיינו מפני שהוליאה אח"כ מקלו ותרמילו. ואנן פסקינן כתרווייהו לקולא. דהיכא דאיכא רגלים לדבר דקושטא קאמר כגון דהוי מילתא דעבידא לאיגלויי מיד נאמן גם העכו"ם בת"ע לגבי עיג נא דזוקא דאקילו רבנן, וזהו כחכמים דר"ע. וגם פסקינן כקולא דר"ע. דהיכא שהתחיל העכו"ם להגיד לפי תומו ושוב שאלו דלא יצא מכלל מסיח לפי תומו. וזהו תמלית היולא מדברי מהרי"ק (סימן קכ"א), וביותר מדברי למח לדק (סימן מ"ב וסי' מ"ה) ובתשובת משאת בנימין סי' ק"ה. [ועיין מ"ש בז"ר חלק ראשון (סי' ד' הלכה ג') לחזק דברי קדשו על מכונס ולפרק מעליו כמה קושיות שקשה עליו לפוס ריהטא]. איברא זהו דווקא לגבי עיגונא. אבל לא לגבי ממון, דאפילו ע"א כשר אינו נאמן גם במילתא דעבידא לאיגלויי מיד כמ"ש בתשו' הריב"ש (סי' קפ"ב) וכן פסקינן בח"מ (סוף סי' ל') רק היכא דאמר בהדיא שלא ואחוי, קידושין (דף ס"ו). ומשה"ע מצרכינן גבי שטרי פרסאי לשני כותים זה שלא בפני זה ומסיח לפי תומו [גיטין י"ט ע"ב] אע"ג דהוי עבידא לאיגלויי מיד. גם איפשר לומר דהתם מסתירים הדברים לכתחילה בכל מה שנוכל שלא ידעו שסמכינן עלייהו בהגדתן שהרי גם לאחר כל התחכמות כבר יצאו מכלל מסיח לפי תומן שהגידו עפ"י שאלה. ובשלמא לענין איסורין י"ל דניתן לו לאכול והוא יגיד לפי תומו אם ירגיש טעם איסור. ומ"ש בקונטרס עגונות (סי') דכל היכא דלא ידע העכו"ם אם סומכין עליו לענין איסורא דיש לו דין מסיח לפי תומו גם לענין עיגונא לא משמע כן ממשמעות הפוסקים. ובט"ז ביו"ד (סי' צ"ח ס"ק ב') כתב להדיא להיפוך רק דגבי איסורין מהני זה בצירוף קפילא:

ג **וטעם** השני שאין אנו צריכין בעובדא דידן לדין מסיח לפי תומו. כיון שנלמד מדבריהם (בהג"מ ובצמח צדק ובמשאת בנימין) דעיקרא דנדע דקושטא קאמר, וכיון שיודעים הממונים שבשפיטאל שצריכין לתת חשבון בשלום לאדון הגדול יר"ה. על מפקד שנמסר תח"י, ומש"ה הוא דדייקי שפיר, וכמו שהוכיח סופו על תחילתו שנכתב כן בפנקסיהם. ונשלח להביורע כפי הנימוס, ואנן הוא דאתינן לתור ולחדש מדבריהם לענין אחר דהיינו להתיר את אשתו, וכיון דבגוף הדבר בוודאי דייקי כל צרכם כפי נימוסי חקיהם ומסתמא קושטא קאמרי. דהרי קפדו לשלם השם והמקום והיום שמת. ואנן הוא דאתינן למילף מדבריהם לענינינו וכיון דעיקר' מחזקינן לקושטא שוב נגרר ממילא לענינינו דאי איפשר להפריד ביניהם כמלא נימא:

ובזה נסתלק גם תשובה דשאלה שהרי נלמד מדברי תרומת הדשן ושאר פוסקים דאין לחוש במסיח לפי תומו אחרי ענינים נעלמים רק אחרי הגלויות והנראות בעליל וכיון דתשובתו של הדאקטאר בקוויטעל היה עיקרו רק מפני חקותיהם ונימוסים שלהם. כן ה"נ נימא דעיקרו של השאלה של היהודי היה ג"כ רק מפני כן, דמה לו ליהודי אחר איזה נפקותא בזה רק מפני שמוזהרים מן הממשלה כנודע, וכ"כ ג"כ מעכ"ת קצת מטעם זה, ובפרט שכל חששא דשאלה הוא מפני שמסתמא מחשב המשיב שיש לו איזה תועלת או מפני שמתכוין להעיד, ומשה"ע בנידון דידן שיש לו טעם הגלוי והנראה בעליל מפני שכן הוא חק המלכות, מדוע ישפוט המשיב בדעתו אחרי תעלומות לב והנסתרות, ויותר מזה מלינו בקונטרס עגונות שמלדדים להקל היכא ששאל לו על סחורות וחבילה שהיה בספינה. או ששאל לו אם אחד מעירו בבית המאסר:

ולפ"ז סרו שני הספיקות הראשונות דכיון דהיכא דמחזקינן דבריו לקושטא תו אין אנו צריכין לדון מפני מסיח לפי תומו. ובכגון זה גם עפ"י כתבו מהני אפילו לדעת הרמב"ם דמסל"ת עפ"י כתב לא מהני, וכן משמע במהרי"ק ובתשו' משאת בנימין ובצמח צדק:

ואל ישיבני מדברי הבית שמואל [ס"ק נ"ח] שכתב אע"ג דקושטא קאמר כיון שילא מכלל מסיח לפי תומו אינו נאמן. א"א לומר דכוונת הב"ש דברים ככתבן, דגבי עדות אשה לא בעינן רק לתור אחר אמתת הדברים. אלא בע"כ צ"ל שדברי קדשו סובבים רק על כוונה זו דע"כ נ"ח כשילא מסוג לפי תומו רק לדברים שהם באפשר בין האמת והשקר. רק שהוא לא ידע בבירור, ואפשר פיהם דבר כתוב בהו, אבל מ"מ נ"ח שיתחכם ויתנכל בזה ולדבר בלשון בעלה ולומר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי. שבכל אלו גם המדבר כזב לא יעשה כן, רק היכא שהם מגמתו לקלקלה, ובכגון זה לא חיישינן רק לגבי נכרים, אבל גבי גט דאמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי, וכן היכא ששמעו אני פלוני בן פלוני נשכני נחש ומלאו שמת ג"כ נ"ח לגבי כותי רק היכא שהגיד על אחר, [ומדוקדק שם בשמהיות דברי הב"ש שם דלהכשיל את ישראל במזיד נ"ח. פי' שיאמר בשם הבעל, אבל יש לחוש דידע את הבעל ואמר דמת מחמת כי פיהם דיבר וגו' והט"ז שמביא שם סובר עוד יותר דנ"ח ג"כ שיתנכר א"ע להסתיר בקולו לבל יודע שנכרי הוא

הוא . אבל ריב"ש וב"ש ס"ל דאי אמרת דבלא קישור דברים לא חשיב לפי תומו אכתי יש לחוש בזה שיסתיר קולו] :

ד ומ"ש הגאון הרב נ"י בתשובתו שאלה מעלתו אלי . שיש לחוש במה שהיה חיל בעל עגונה ברח מעצמו ביום ההוא מפני איזה סיבה בלתי ידועה החליפו אותו באחר, וכיון שבן כבר יצא מכלל מסיח לפי תומו , נראה דכל כה"ג ל"ח כלל דאין ספק מוציא מידי ודאי . דכיון שכתבו בפנקס ובקוויטעל שמת פלוני מעיר פלוני ובכינוי שלו תו ל"ח דילמא נעשה מעשה בתוך שברח והחליפו מפני שעל ידי כן יש להם שייכות בגויה . שהרי ל"ח שמא עשה טובה לקרובי אשתו . ולמעשה רב בכה"ג ניחוש . והרי גבי גיטין לא הקילו כמו גבי עגונה במיתת הבעל , ולא חששו אפילו לחששא קרובה מזו . עיין גיטין (דף ס"ד ע"א) תינח בפנינו אמרה בפנינו קיבל למה לי . ועיי"ש בר"ן ובתוס' דאפילו היכא דלא אמר השליח כלל די כשראוהו בידו אפילו היכא שנקרע הגט אח"כ . ול"ח דילמא אמר לו הבעל הולך, שזהו טוב לפניו . שעודנו הדבר בידו לקיים או לבטל אפ"ה ל"ח משום דאין ספק מוציא מידי וודאי . לכן כיון שידענו שנעשה שליח לקבלה וראינו בידו תו ל"ח דילמא נשתנה ביני וביני . וגם להוציא ממון ל"ח בכה"ג שהרי המוצא שטר הקנאה בשוק לשמואל דלא חיישינן לפרעון מהדרינן למלוה [ב"מ ט"ז] ול"ח דילמא פרע לו מקצת חובו והשליטו השטר ומידו נפל . אלא וודאי דכל ענין שאינו ידוע לנו לא נכנס כלל בכלל סוג הספק , ולא חשו רבנן לזה רק גבי מלוה ולוה הכתובים בשטר הוא דחיישינן בנפל לכל חששי אפילו לחשש רחוק ביותר . אבל לחוש לאיש אחר אשר לא נראה בעליל מתוך הנידון עצמו ל"ח ליה אפילו לחשש קרובה, ועיין בריטב"א ובשיטה מקובלת שם , וזהו כוונתם למעיין , דהם נבוא לחוש בכה"ג אין לדבר סוף , וזהו בכלל אין ספק מוציא מידי וודאי [ועיין לקמן סימן ל"ח], ועוד שהרי בעדות אשה התירו עד מפי עד . ול"ח שמא הראשון שהלך לדרכו כבר הזר מדבריו . או שמא יחזור מכאן ולהבא . שהרי כל זמן שלא הגיד עדותו בב"ד יכול לומר מבודה הייתי [כמ"ש בתשובת הר"ן סי' ל"ד]. הרי אע"ג דאיכא תרי חזקות חזקת אשת איש וחזקת חי [לדעת הריב"ש סימן שע"ט]. אפ"ה ל"ח לזה . גם יש כדמות ראיה לזה מתוספתא סוף יבמות דקומנטריסין שאמרו שם מת או נהרג . וכן הגירסא בש"ס דילן גיטין [דף כ"ח ע"ב] . והרמב"ם [פרק י"ג מהלכות גירושין הלכה י"ג] . דהביא רק נהרג . ולפי פשוטו זהו משום דלמסקנא דגמרא מיירי שם כשהומת ע"י בקומני' חלילה [וכמ"ש רש"י שם בס"ד . כן נ"ל גם למסקנא] . ונמצא דליכא נפקותא בין מת לנהרג . אבל אם ניחוש לברח ומשום איזה סיבה בלתי ידועה החזיקו אותו שמת . או בהחליפו באחר מן היושבים בבית המאסר . אשר לא ישגיחו עליו עוד , נמצא שגם אם אמרו שמת בתוך המאסר שלא על ידם ג"כ אינן נאמני' למסקנא מפני שיש להו שייכות בגוי' , וא"כ בזה, ואם כה נאמר היה לו להרמב"ם להביא מת. או נהרג דאינו נאמן. נאשמעינן רבותא זו דאפילו שמת במיתה טבעית ג"כ אינו נאמן :

גם יש לגדד קצת מקושיית הש"ס גיטין שם . בין לישנא קמא בין לישנא בתרא אילימא מת ממש וכו' אימא סיפא . והא קימ"ל דמסיח לפי תומו נאמן . דילמא איירי כשאמרו שמת בתוך בית האסורין ונהרג בם ע"י אחד מן האסורין שמה . וממ"ה א"כ משום דחיישינן שקיבלו שוחד ממנו למען יניחוהו לברוח . ולהעלים בריחתו אמרו כן . שהרי איירי קודם שחתם הפורסי שנמג כמ"ש בתוס' שם, גם אפילו לתירוצם השני לחשש כזה לא מהני חתימת הפורסי שנמג. אלא וודאי דל"ח למקבלי שוחדא, רק היכא שאמרו שילא ליהרג דכ"ז שלא נודע מיתתו בבירור חיישינן לכל חששי , וכן גבי גלוב חיישינן דילמא מטרוניתא עברה עליו ורפאתו כמ"ש הירושלמי מובא במרדכי ובב"ש [ס"ק נ"ג] . וזה נראה ברור בלי ראיה דל"ח לזה , וכמ"ש הרב הנ"ל בעצמו בלי ראיה. ולדידי ראיות ברורות לזה , וע"כ ל"ח גבי ערכאות משום דמעיקרא הכי תיקנו דלא סמכינן עלייהו רק משום דלא מרעי נפשייהו . וזהו היכא דידעינן דלא משקרי . אבל במסיח לפי תומו כיון שסמכו על סתם עכו"ם אע"ג דבוודאי משקרי אפ"ה ל"ח לזה משום דאין ספק מוציא מידי וודאי כיון שלא נראה בעליל לפנינו איזה רגלים לדבר לספק בזה. וראיתי בתשו' מהרי"ו (סימן ע"ט) דכללא כייל דל"א אין ספק מוציא מידי וודאי גבי עיגונא . והביא ראיות אלו מגברא טרוקא ומעובדא דשני תלמידי חכמים [יבמות קט"ו] וכן הוא ברשב"א יבמות [דף קכ"א] שהשיג ע"ד הרמב"ם דפוסק דבלא עלתה בידם אלא רגל מן הארכובה ולמעלה. אף בלא שלשלוהו מתחילה ליס תנשא . וע"ז הקשה מסוגיות הנ"ל . וכוונתי בתחילת השקפה לדברי הנוב"י (מהדורא קמא סי' נ"א תד"ה אומר אני) . דבגברא טרוקא כיון דבע"כ שגם איש אחר נכנס לתוך הדליקה הוא דחיישינן וכן גבי ים שהדבר מצוי שיש שם כמה נטבעים בעלמא מכבר . אבל היכא דידעינן שהבעל היה בתחילת הדליקה בתוך הבית הנשרף . ומאיש אחר לא ידעינן . ומצאו גברא טרוקא בוודאי ל"ח לאחר. ומה דכייל מהרי"ו דל"א אין ספק מוציא מידי וודאי באשת איש. כבר בארנו מדברי הפוסקים דלא ס"ל כוותיה בזה . גם מה שהביא מענין בר חייא יבמות (דף קי"ז) דחיישינן לגמלא פרחא . כבר כתב הראב"ד מובא בחידושי רשב"א שם . דעיקר החשש הוא רק לשמא מילי מסר , והנהו טעמים גמלא פרחא , ובקפילא אזל, סניפין הם . גם מה שכתב בהוכחתו מעדים זוממין. אחז בזה דרך לעצמו דדוקא גבי ממון אמרינן דאין כספק מוציא וכו' ולא בא"א . ולא כן דעת התוס' שתירצו באופנים אחרים :

ה גם עפ"י דברי עד אחד יהודי מאנשי חיל שהלך לבקרו בבוקר ומצאו מוטל על ערש דוי נפוח . ולעת ערב הלך ושאל איה האיש שהיה במטה הזאת , והשיבו לו שכבר מת כהנ"ל . יש סמך גדול להתירה עפ"י דברי תשובת הרא"ש (כלל נ"א סימן ב') תד"ה זה נוסח, וזה לשונו , מדאמרינן בשילהי יבמות (דף קכ"ב ע"ב) מעשה באדם אחד שבא להעיד וכו', ועוד אמרינן מעשה בישראל ועכו"ם שהיו מהלכין בדרך ובא ואמר אבל על יקירי יהודי שהיה עמי בדרך ומת וקברתיו . ושוב מעשה בקולר של בני אדם וכו' . מאלו המעשים יש לידע שהרבה הקילו חכמים בעדות אשה משום עיגונא . במעשה הראשון לא הכיר העכו"ם את היהודי ולא ידע שמו אלא שאמר שהיהודי נתלוה עמו ומת, והיו עדים שיודעין שאותו היהודי נתלוה עם זה העכו"ם. ובאו לפני ב"ד ואמרו שפלוני נתלוה עם זה העכו"ם . והנה העכו"ם אומר שמת והתירו את אשתו . ולא הזקיקו ב"ד לחקור מן העכו"ם . אם היה אותו יהודי שנתלוה עמו כי שמא אותו יהודי הלך לדרכו , ושוב נתלוה עמו אחר ומת . אלא כיון שאותו יהודי נתלוה עמו תלינן בוודאי שאותו היה שמת עכ"ל הרא"ש בדילוג . והרבה אחרונים פסקו כוותיה . והקשה הרב הג' הנ"ל ע"ד הרא"ש שכתב הטעם דמשום עיגונא אקילו בה רבנן , הא תינח לתירוץ השני בש"ס בכורות (דף מ"ו ע"ב) דיכיר לחוד וכו' . אבל אנן דפסקינן כתירוץ הראשון בם . כי אקילו רבנן בסופה אבל בתחילתה לא אקילו רבנן . א"כ היאך התיר הרא"ש הא הוי בתחילתה . ועוד העיר שהרי בעובדא דשני תלמידי הכמים בעינן דאסוקינהו קמן וחזינן לאלתר . ולדעת תוס' בתירוץ ראשון בעינן סימן מובהק . וכן בעובדא דדיגלת ובגברא טרוקא אמרינן הוא אזל לעלמא . וצריך לומר דעיקר טעמו של הרא"ש הוא מחמת שאבד זכרו כמבואר בפסקי מהרא"י על עובדא אחרת שזו יסוד גדול בעיגונא . וכן ברמב"ם (פרק ז' מנחלות) . ואף דגם בעובדא דידן אבד זכרו זה חמשה שנים . מ"מ אין ראיה מה שלא נשמע ממנו מפני שנחבא לברוח . והוי כבורח מחמת נפשות דאין מחזיקין בנכסיו . עוד העיר הרב הנ"ל עפ"י תשובת נודע ביהודה מהדורא תניינא דבבית אחד ובחדרים חלוקים חיישינן לאחלופי וה"נ ניחוש שמא זה שדיבר עמו בבקר פירש לחיים . וזה שהעיד היהודי שמת הוא אחר . הנה שהחולים אינם רשאים להחליף את מטתם מ"מ חיישינן שנעשה כן ע"י איזה סיבה בלתי ידועה :

ועתה נלקטה אחת לאחת מ"ש דהרא"ש פוסק כתירוץ השני בבכורות הלא גם לתירוץ השני לא משמע דאקילו ביה בתחילתו . רק דאל"ל דהא דבעינן הכרת פנים עם החוטם הוא מחומרא דרבנן לחודא . אלא בזהו ג"כ מדאורייתא . (ובעיקר הדבר מצינו ג"כ ברשב"א גבי תרי יצחק דל"ח משום דגבי עיגונא הקילו) , ובפשטות נראה כיון דמ"מ חזינן דמהדרי רבנן להקל גבי עיגונא , תו לא מחמרינן בה יותר מלגבי ממון , רק מה שמצינו בהדיא . כמו גבי מים שאל"ס וכדומה . גם יש לישב ברווחא עפ"י דברי הרמב"ם והמגיד משנה (פ"כ מהלכה איסורי ביאה הלכה ט"ו) דהיכא שהעדים מעידים שאביו של זה כהן הוא מעמידין על חזקתו ול"ח שמא הוא בן גרושה או בן חלוצה , אבל בעד אחד לא מהני זה , עד שיאמר שיודע שהוא בעצמו כהן . והוא כיון דעדוהו רפויה תו לא מצטרפינן לחזקת כשרות של אביו בהדי סהדותא דע"א . אע"ג דע"א נאמן בזה הוא דווקא בגוף העדות . וזהו שחידש הרא"ש בתשו' שעדותו של המסיח לפי תומו כבר עשאוהו

רבנן

רבנן גבי עיגונא כמו שהיה בעלמא ומה"ט הוא דמצרפינן לחזקה זו שזהו האיש שנתלוה עמו מתחילה . ולא אמרינן דלא עדיף מע"א דעלמא דאע"ג דנאמן באיסורין מ"מ לא מצרפינן לחזקה בהדי עדותו אבל הכא גבי עיגונא דאקילו רבנן עשאוהו כשנים שהרי נאמן נגד חזקת אשת איש וחזקת חי [לדעת הריב"ש סי' שע"ם]. וזהו כעין שכתב הנימוקי יוסף בפרק האשה שלום בשם הריטב"א מובא בש"ך יו"ד (סי' קכ"ז) דדוקא גבי עיגונא הוי ע"א ישראל כשנים כשהעיד ברשותה והוא שכתב הרא"ש דמשום עיגונא אקילו ועשאוהו גם עכו"ם מסיח לפי תומו כשנים כשרים להעיד . ומש"ה מצרפינן לחזקה שזהו האיש שנתלוה עמו מת , בהדי הגדתו :

עוד י"ל בקאי אמאי שכתב שם דלא הצריכו לשאול את הנכרי אם היה אותו האיש עצמו שהלך אתו מעירו . והוא כיון דבדיעבד סמכינן על חזקה זו מדינא היכא דליתא קמן לשאלו שוב משום עיגונא לא הצריכו לברר גם היכא דאיכא לברורי וזה מדוקדק בלשונו למעיין :

ומה שהקשה מהני עובדי דשני תלמידי חכמים ודיגלת ובגברא חדוכא . כבר תירצתי לעיל הני קושיות של מהרי"ו ורשב"א .
ועיקר הדבר דהיכא שידעינן שהתלכד ההולך בדבר אחד , כגון שנתלוה הוא עם אחר , ל"א שמא הוא אזל לעלמא ואיש אחר נתלכד ג"כ עמו בזה הוא דל"א ליה , וכן גבי יצחק ריש גלותא (דף קט"ו ע"ב) שנתלכד ההולך בשמו ושם כינויו . אבל היכא שלא נתלכד בדבר אחד רק דידעינן שהלך בזה הדרך , הוא רק דעת הנוב"י לחודא ולא פסקו כוותיה :

וגם נלפענ"ד דיש לסמוך על מכתב של כה' זאב בר"מ שנתקיים על ידו וע"י ע"א . וכיון שכתב שם שיודע בבירור שמת יוסל האזע מעיר הנ"ל. ונשבע ע"ז בד' יח"ש , וגם העיד אח"כ על פה שהיה בשפיטאל ודיבר עמו , ולעת ערב היה ג"כ שם ושאל את איש יהודי עליו ושאינו זוכר אם שאל עליו בשמו , או רק על מי שהיה מונח במטה זו , בוודאי יש לתלות מסברא פשוטה שאז ידע בבירור ששאל על שמו כדרך החפץ לידע הדברים על בוריין , ואח"כ לאחר שנה נשכח ממנו שורש הדברים , אע"ג דכ"ז שלא הגיד בב"ד יכול לסתור עדותו אבל מיודע בבירור לאינו זוכר אין בזה שום סתירה . דאי לא תימא הכי לא היה נשבע בבירור , ותו נ"א שמא גם הוא סמך ע"ז רק על הקוויטעל [וכעין פלוגתת הבית יוסף בסימן ג'] שזהו היכא שהעיד בסתמא מת פלוני בן פלוני , אבל היכא באמר בפירוש שיודע הו ל"א לספיקא , וכן איתא להדיא בתשובת משאת בנימין (סי' ק"ה) דהיינו לסברת רמב"ן דחיישינן לקול הברה מ"מ היכא באמר בפירוש יודע אני הו ל"א ומכש"כ בזה שנשבע בבירור :

גם אם נדחוק נפשין ונימא דעיקר היתרא דתשו' הרא"ש מפני שנאבד זכרו , אע"ג שלא הזכירו רבינו בתשו' זו , ותו ניחוש דבעובדא דידן שיש לחוש שמא ברח והעלים זכרו דדמי לבורח מא"כ , הא כיון דלדעת רוב הפוסקים ע"א נאמן ביבמה להתירה לשוק , והיינו משום דעיקר נאמנות דע"א הוא משום דעבידא לאיגלויי , ולא בעי רק דיוקא זוטא כמו שכתבו תוס' יבמות (דף נ"ג נ"ד) , הכי יעלה על הדעת דגבי בורח מא"כ לא מהני ע"א כבר , משום דנחבא לברוח ולא מגליא שמיה שוב לא הוי כמילתא דעבידא לאיגלויי , וגבי בורח גופא פירש הרשב"ם [ב"ב ל"ח ע"ב] משום שירא למחות מפני גואל הדם ביתור אחרי מקומו . ולדעת הרמב"ם מפני שטרוד בעסקיו , אבל בכגון זה דבע"כ צריך לברוח חוץ למדינה , הכי לא ימצא לו איש נאמן רוח שיגלה לו כל לבו ומקומו ויודיע לאשתו אנה ואיפה פנה דרכו , גם בל"ז אין לדמות ענין מחאה שהוא נגד איש ריבו שירא ממנו לבל יחזור אחר מקום מושבו , לענין זה , ועוד אף אם ניחוש לכל החומרות מ"מ חששא רחוקה היא לחוש שגם היהודי שהיה מונח אצל נ'כיה זו ג"כ נתחלף מבקר לערב דדמי קלא לאיתרמי שמא כשמא ועדים כעדים, גם אם ניחוש גם לזה ונימא ג"כ שמסיח לפי תומו הזה נגרע כחו , מ"מ הרי מבואר להדיא ברש"י גבי פונדקית וז"ל, ס"א לכשתבא כפונדקית נאמנת , כלומר באותו ענין שהאמינו לפונדקית הוי נמי שאר אשה נאמנת שהרי הפונדקית הוציאה להם , ועל הסימנים סמכו עכ"ל. הרי דצירוף מילתא הוא אע"ג שהסימנים גרועים שלא נמצאו אצלו או סמוך לו מכל מקום מצרפינן בהדי מסל"ת שהורע קצת , הכא נמי מכל שכן בנידון דידן עדות הנכל"ת בהדי עדות היהודי , ובפרט שכבר ביארתי , שעל כל אחד

מהם בפני עצמו יש בו די להתירה מכבלי העיגון שלה . גם אין לחוש שנראה שהיא זקוקה ליבם וללישנא קמא ביבמות (דף נ"ג ע"ב) מיבעיא לן בזה . אע"ג שעתה אינם מיבמין מ"מ נ"ע בזה , שהרי גבי יבמתה דאינה נאמנת שמת בעלה , אפילו היא אחותה , כמו שפסק הרמב"ם (פרק י"ב) מהלכות גירושין , ובמגיד משנה (פרק ז') הטעם משום דלא פלוג רבנן בין יבמה ליבמה , מ"מ נראה כיון שכל הפוסקים מקילין גם במת יבמך . וכן פסקינן בש"ע אה"ע [סימן קנ"ח סעיף ג'] ובבית שמואל שם , רק הרא"ש מחמיר בזה , והוא בעצמו לא החמיר כלישנא קמא שם, כמבואר ברא"ש יבמות (פ"י ס"ד). לכן גם אני נטפל לעוזרי מצוה ומתירה להנשא אחרי שתחלוץ יבמה , וגם הגאון הנ"ל הסכים בהיתרא , ומע"כ הודיעני שעוד רב מפורסם הסכים ג"כ להיתרא , ע"כ יוכל מעלתו להתירה בלי שום גמגום וגדנוד ספק בעזה"י :

הנני ידידו הד"ש באהבה

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוה' בנימין זצללה"ה .

סימן לד

בדיני קדושין

בעזה"י יום ג' ו' מרחשון תרי"ג לפ"ק קוטנא

בדבר השאלה מעיר אחת בדבר המשרתת שהיתה בבית פאבריקאנט אחד , וזה נוסח הגב"ע במכתב הרב דשם :

מעשה אירע פה, משרתת אחת היתה בבית פאבריקאנט אחד אשר עשו בביתו איזה פועלים נערים ישראלים . ונתנה אשת הפאבריקאנט למשרתת א' זהב דהיינו שלשה [לענערס] לילך לשחוט אווז והניחה המשרתת את השלשה [לענערס] על השלחן אשר ישבו בו השלשה פועלים , והלכה המשרתת לחדר אחד ויען אחד מהנערים הפועלים לאמר קחו איש אחד [א' לענער] ותנו לכיסכם כדי שתבקשה המשרתת וכן עשו ויקחו כל אחד [א' לענער] וגם הוא לקח [א' לענער] והניח בכיסו , ואחר אשר ביקשה המשרתת את [הלענערס] ולא מצאה , קרא הנער הטוענה למשרתת ואמר לה הילך [הלענערס] . ונתנו הנערים כל אחד [הלענער] לידה . ואותו נער הקורא אותה לקח את יד המשרתת לידו ואמר לה הילך [הלענער] הלז והרי זאת מקודשת לי בפני שני הפועלים אחרים , וישבו תלתא בתורת ב"ד וחקרנו העדים , וגם המקדש והמתקדשת, והעיד אחד מהעדים ששמע בפירוש כל לשון הקידושין הנ"ל , וגם השני העיד שראה המעשה כהנ"ל אשר לקח יד המשרתת לידו ונתן לה ואמר . רק זאת העיד שלא שמע כל הלשון בהברת מילים רק קול הברה מהתחלת לשון הקידושין , והמקדש הודה שאמר לה לשון הנ"ל וכן עשה , רק לשחוק נתכוין , וגם העדים העידו שאמת אחר גמר לשון קידושין הנ"ל אמר דבר ליצנות , ועיינינו בדבר הזה אם נוגע לקידשה בגזל , וראינו אשר לא היה נוגע לקידשה בגזל כי לא היה גזל המעות הנ"ל . ומה שטען לשחוק נתכוונתי ראינו שאין בטענה זו ממש לפטור אותה בלא גט , ולא היה לנו שום היתר להתירה מכבלי הקידושין בלי ג"פ , ושלחנו המקדש והמתקדשת לעיר הסמוכה לפה לפטור אותה שם בג"פ , ושם הסכימו יחד המקדש והמתקדשת שישא אותה בנישואין ולהכניסה לחופה , ואחר איזה שבועות הלך המקדש למדינה אחרת והיא יושבה עגונה , ועתה לא אדע מה לעזור לה לפטור אותה מעיגון , ונתתי לידה הכתב הלז לחפש ולחקור אולי תמצא תרופה אצל גדולי זמננו נ"י, וב"ד היה אז, אני ח"מ ועוד שני דיינים, ואחד מהם שבק חיים לכל חי, באתי עה"ח יום ד' כ"ב סיון ברי"ת לפ"ק

[ובא על החתום הרב אב"ד דק"ק הנ"ל] :

אח"כ ביאר הרב הנ"ל יותר את הגב"ע מפי עדים הנ"ל , העד הראשון העיד ששמע כל לשון הקידושין הרי את מקודשת לי כמו"י, ווער אכפרה פאר כל ישראל, ופער פיו לשחוק עד בלי חק. והעד השני העיד דאס ער האט נאר געהערט מלשון קדושין הרי את אונד משה וישראל אויך דאס ליצנות דער נאך , אבער מקודשת לי האט ער נישט געהערט, אויב דער מקדש האט געהאט נאך [לענערס]

ביית

בייא זיך, דאס האבען זייא נישט געוואסט, אבל אין נפקותא בזה כי אין כאן שום דרך לדון על קידושי גזל כי מעולם לא נעשה המעות גזל אצל הפועלים כידוע לב"ד מאז, עכ"ל הרב הנ"ל במכתבו השנית:

ומחדש נגבה עדות מהעד השני ושמו אהרן לבי, פה קוטנא יום ה' ב' דר"ח מרחשון תרי"ג שבאו העד והבתולה הנ"ל לפה לחקור ממנו עדות ברור ואמר בפני הבתולה רק קצת בשינוי לשון, וז"ל דער מקדש האט געהאלטין אין מיטען בענשען אוכד האט געזאגט קאם אהער איך וועל דיר געבען דעם לעכער און האט גיגעבען איהר. וויא זיא האט שאן גיהאט דעם לעכער האט ער געזאגט צו איהר הרי את אין כדת מו"י דער נאך האט ער ארויס געווארפען אגרויס גילעכטער, און דער עד האט געזאגט דאס ער האט עס גינומען נאר פאר אחוכא ואטלולא נישט פאר קיין אמת, והבתולה אמרה דאס זיא האט נישט גיהערט קיין לשון קידושין אויך זיא האט גאר נישט מרגיש גיוועזין אז דאס איזט אלשון קידושין, ווארום זיא האט גימיינט דאס ער בענשט ווייטער דען ער האט געהאלטען אין מיטען בענשען, און זיא איזט גיגאנגען איהר וועג לשחוט את האווז, והעד הראשון השיב לפני הרב האב"ד בעיר הנ"ל כבר מת:

ולאשר שמענו באזנינו הג"ע מן העד השני מו"ה אהרן לבי ומענת הבתולה הנ"ל הצורחת במר נפשה וניכרים דברי אמת לאשר שהיתה טרודה בפעולתה להחיש מעשיה בדבר הבעה"ב אשר צעקה עליה והלה עליה בדבר שליחות האווז כנזכר בהג"ע. ובשגם הפועל ההוא היה עסוק אז בבהמ"ז לכן לא שמה על לבה כלל לדבריו אשר הוציא בדל שפתיו להמרות נפשה ולא הטתה אזניה לדברי שוא שהטיח מפיו והלכה לפ"ת מיד לבית השוחט כאשר הפקדה מן הבעלת הבית. ובשגם שנודע עתה שבאם חלילה לא יזדקקו מגדולי זמנינו להוציא לאורה משפטה ולהתירה מכבלי העיגון. אזי תשב עד שתלבין ראשה ותתעגן כל ימיה. כי הסבה אשר הליקתהו לנוס חוצה למדינתנו שוב לא ישוב עוד לראות ארץ מולדתו כל ימיו והיא תילל במר נפשה כל ימי חייה. לכן בשגם שדחיתי הדבר עד כה לבל להזדקק לדבר חמור כזה, ולא פניתי לדבריהם אשר הפצירו בי עד למאד. ודחיתי אותם בלך ושוב ולא שמתי לבי לעיין בזה כמעט רגע. ובפרט שלא נודעתי תוכן כוונת הגב"ע אשר קבלתי בראשונה עד שבוע העברה ביום ה' שראיתי במכתב כת"י הרב אב"ד בעיר הנ"ל אשר כתב בפירוש באר היטב דברי העד השני, וגם העד עצמו והמשרתת הנ"ל באו הנה ביום ה' העבר ונתקבל הגב"ע שנית מפיו ולגודל הפצרתם לא יכולתי לדחותם עוד. וראיתי בלבי שהדבר חובה להזדקק לזה לבל תאבל העלובה הזאת כל ימי חייה בדבר שנקשה וחפה מפשע. לכן אגלה את הנראה לפענ"ד לפני גדולי זמנינו שיחיו. ובאם ייטיבו הדברים לפניהם ויסכימו לדעתי הקלושה הן מטעמים שיתבארו או מטעמים אחרים, אזי גם אני מסכים להתירה להנשא בלא מיחוש ונדנוד איסור:

והנה בדברי גב"ע מתחילה ועד סוף נודע לכל, דכל כמה שנוכל להשוות הדברים לבל יסתרו הדברים כמבואר בח"מ ובב"י סי' כ"ט בשם ר"ן דיש לתלות לתרץ דברי העדים אפי' במשמעות רחוקה שלא יהיו מוכחשין, ועיין בט"ז ח"מ [סי' ל' ס"ק ג']. ובדבר שלא נוכל להשוותם אזי מספק צריכין להחמיר. וכיון שהגב"ע הראשונה והשניה מעיר הנ"ל לא נחתם בשנים ולא נידון יותר מתורת עד אחד שהעיד שכן נגבה בב"ד, וגם מתורת ע"א ירדה קצת דמפיהם כתיב ולא מפי כתבם ותליא באשלי רברבי, כמבואר בטור וש"ע שם [סימן כ"ח סעיף י"א]:

א **ובעיקר** הדבר אתחיל בחיל ורעדה וכפי פרושות לאל נורי לבל אכשל ח"ו בדבר הלכה למעשה. והנה מתחילה נתפשה לדעת שקדושין הללו בכ"ד נידון רק כנתקדשה בפני ע"א כיון שלא שמע העד השני שתי תיבות הללו שאמר המקדש מקודשת לי שזהו עיקר ויסוד הקידושין, ונודע הדבר שגם היכא שדילג ולא אמר לי, שרוב הפוסקים מקילים, וגם הרמ"א פוסק כן שכן נראה עיקר לדינא רק מסיים דיש מחמירין [בסימן כ"ז סעיף ד']. אבל היכא שלא אמר מקודשת משמע מסתימות כל הפוסקים שאין בזה שם קידושין כלל. וא"ל דש"ה דסתמא שירכא דלישנא נקט ואתי, וכיון שאמר כמו"י מסתמא אמר הדברים כסדרן. חדא דסוף סוף כיון שהעד לא שמע את העיקר לשון הקידושין ה"ז כאילו לא נתקדשה בפניו כלל. ויתר מזה בכמה סדרגות איתא בחידושי רשב"א קידושין [דף ה' ע"ב] בד"ה הא נתן הוא בתה"ד וז"ל, והא דאמרינן לקמן תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב. דווקא כשחזר ואמר לה בשעת נתינה הרי את מקודשת לי במנה זה שאני נותן לזה, הא נתן ולא פירש א"מ. ואע"פ שהדברים מראים דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא, וכמו שפירש דמי. מכל מקום הואיל ועדים בעינן דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין. א"כ כיון שלא פירש כאן ואיפשר דלשם מתנה נתן ולא לשם קידושין. ואע"פ שהוא מודה דלשם קידושין נתן כמו שאמרה, אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראיה לשם עדות. אלא שהם דין כוונת הלב ואין כאן עדות, עכ"ל. ובפרט בכ"ד דל"ש כלל לומר דשירכא דלישנא נקיט כיון שנראין הדברים בעליל לעד זה כמ"ש בגב"ע שנגבה לפני, שרק לשחוק ולצערה היה כוונת המקדש, וכאשר טען המקדש בעצמו בגב"ע הראשונה בעיר הנ"ל. ואולי בכיון דלג שתי תיבות הללו לבל תיאסר כל ימיה [ועיין לקמן]:

והגם שהדברים מסתברים בפשטות בעצמותן דכל זמן שלא שמעו שתי תיבות הללו ה"ז כאילו קידשה בלא עדים ממש. למען ינוח לב המעיין נראה ראיה ברורה לזה מריש נדרים [דף ו'] דמקשינן לאביי דס"ל ידים שאין מוכיחות הויין ידים. מדקתני הרי הוא עלי ה"ז עלי אסור מפני שהוא יד לקרבן. טעמא דאמר עלי הוא דאסור, אבל אמר הרי הוא ולא אמר עלי לא. תיובתא דאביי אמר לך אביי טעמא דאמר עלי הוא דאסור, אבל אמר הרי הוא ולא אמר עלי הרי הוא דהפקר הרי הוא דצדקה קאמר והא מפני שהוא יד לקרבן קתני, ועיין שם בר"ן פירושו. ועדיין צריך למתק הדברים דנשמע מכללות הדברים גם למסקנא דיד לנדר לא הוי היכא דלא אמר עלי אפי' לאביי משום דכל כמה דלא אמר עלי אזי יצא מכלל ידים לגמרי, דאפי' בכלל ידים שאינן מוכיחות לא הוי משום דנוכל לומר דהרי הוא הפקר או דצדקה קאמר, אבל לקרבן הוי ידים. אע"ג דא"ל דהרי הוא הפקר או דצדקה מ"מ הויין מיהת ידים שא"מ. ואמאי אם ביותר מסתבר לומר דהפקר או דצדקה קאמר א"כ גם לקרבן לא ליהווין ידים. א"ו בע"כ צ"ל דלאביי לא תליא מידי במסתבר דמ"מ לא יצא מכלל ידים שאינן מוכיחות. ומה"ט ליהוי נ"כ יד לקונם. א"ו בע"כ צ"ל שגם לאביי לא הוי ידים רק היכא דידים מיהת נגמרו בשלימות ולא חיסר רק את העיקר, ולכן הויין יד לעיקר, ולאביי אפי' בידים שא"מ. אבל כל כמה שלא גמר ובלע גם את היד בשלימות וחיסר גם מקצת מן היד, אזי יצא מכלל יד לגמרי מפני דבכלל ידים לא הוי רק היכא דהויין ידים לעיקר ולא במקום דהויין רק ידים ליד ולעיקר. ומשה"ט בקונם שגם היכא שאמר הרי הוא עלי לא הוי רק כיד לעיקר, דעיקר נדר הוא היכא דמתפיס בקרבן או היכא דאמר לשון איסור [וכמ"ש הר"ן ריש נדרים]. ומש"ה באמר הרי הוא עלי הרי גמר את היד ולא חסר אלא את העיקר לבד לומר כקרבן. אבל כל כמה דלא אמר עלי שאזי חיסר גם מקצת מן היד ואת העיקר, אזי לכ"ע לא הויין ידים. מפני דיד ליד לכ"ע לית להו. אבל לקרבן גופא אזי גם כשאמר הרי הוא לבד כבר בלע באמרתו את היד ולא חיסר אלא את העיקר. ומש"ה מקשה והא מפני שהוא יד לקרבן קתני:

ולפ"ז גם בקידושין ע"כ לא שמעינן אלא היכא דאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי, הוא דנכלל בכלל ידים שבזה גמר מיהת את כל היד ולא חיסר אלא את העיקר משום דמקודשת לחוד דמי כאילו הקדישה. וזהו בלתי איפשר. ובתיבת לי נבע מלפוכיו ונודע ביאור הדברים, כמו שפירשו התוס' בקידושין [דף ז'] ד"ה וכפשטו, דהוי כאילו הקדישה לכ"ע ע"י קנייתו שקנה אותה ורק לו לבדו הותרה. וכן בשאר לשונות של קידושין נמי כל היכא דלא אמר לי ה"ז כרוצה לכבלה ולתפסה באישות לחוד בלא איש ומבלעדי הקונה אותה. וזהו בלתי אפשרי דאיסור אישות לא שייכי כלל רק היכא דאיכא איש שתקנה לו. אבל היכא דאמר הרי את ולא אמר גם מלת מקודשת (לי) שחיסר גם מן היד, אזי כבר יצא מכלל דין ידים לגמרי, ויען שעל יסוד זה יסובו לדדי ההיתר, לכן הארכתי בזה קצת, הגם שהדברים ברורים ופשוטים. וזהו מילתא דפשיטא דליכא לפלוגי בין היכא שלא אמר מקודשת לי ובין היכא שלא שמעו העדים, דמ"מ נידון כמקדש בל"ע, ובפרט בכ"ד דנראין הדברים דכיון רק לשחוק בעלמא ולצערה, וכמ"ש לעיל:

ב **ומעתה** כיון דלא נתקדשה אלא בפני אחד ונחקרו העדים בב"ד ואח"כ שאלו את הבעל ואמר שלא כיון רק לשחוק

לשחוק בעלמא, אזי יש להאמינו במיגו דאי בעי היה מכחישו לגמרי, או שהיה אומר בפירוש שכן הדברים כמו שהעיד העד השני, דלקושטא לא אמר רק הרי את כמו"י, דהרי נשמע מכמה דוכתי, וכן גבי נסכא דר"א דאי לאו שהעד מהייתו שבועה דאורייתא אמרינן מיגו במקום עד אחד. וטענתו דלשחוק בעלמא כיון, נראה ברור דבכ"ד הוי טענה מעלייתא היכא שיש לו מיגו, דהוכיח סופו על תחילתו ומסיום דבריו נשמע שכוונתו רק לחוכא ואטלולא. ובפרט שהעד השני העיד בפנינו שאחר שסיים המקדש כל דבריו זרק שחוק מפיו כקול הסירים תחת הסיר:

ועיין בח"מ וב"ש [בסי' מ"ב ס"ק ד' וב"ש ס"ק ו'], ומובא שם שהב"ח הורה למעשה להקל בטענת משטה כשקידש בעד א'. וח"מ חולק עליו שאין להקל לכתחלה, ועיין בתשובת חכם לבי [סי' קש"ו] שחולק עליו דמידי הוא טעמא דאינו נאמן לומר לשחוק כוונתי הוא מפני שלא מהימנינן ליה, ומש"ה היכא דאית ליה מיגו דהוי כחזקה מעלייתא שפיר נאמן. ולכאורה נראה שהדין עם הח"מ בזה, שכן מוכח להדיא במקומו בסוגיא דדברים שבלב, קידושין [דף נ'] דדברים שבלב אינן דברים אפי' במקום מיגו, שהרי גבי מעילה אית ליה מיגו דנזכרתי, [וכן מצאתי בבית מאיר ריש סי' מ"ב]. ועוד שכן מבואר בתוס' ר"פ השולח בד"ה מהו דתימא בסה"ד וז"ל, ועוד נראה לר"י כי דברים שבלב א"ד אפי' היכא דקי"ל שאנוס מלפרשה וכו'. ועוד הגע בעצמך הכי יעלה על הדעת באחד שמכר לחבירו בקנין גמור בינו לבין עצמו והלוקח תובעו שיתן לו החפץ שמכר לו בק"ג בינו לבין עצמו וטען המוכר שלשחוק בעלמא כיון. הכי נאמינהו במיגו דלא היו דברים מעולם:

ואפ"ל דשאני בכל הדברים הנ"ל שהמעשה בעלמותו מהני אפי' בינו לב"ע, שוב לא אזלינן בתר דברים שבלב לסלק המעשה או הדיבור שהודה בעצמו. וכן א"י לטעון משטה כדי לסלק המעשה ההוא. אבל בקידושין כיון שהמעשה בעלמותו לא מהני מידי, ומש"ה אפי' היכא שהעדים ראו מאחורי הגדר ל"מ כלום, כמ"ש בש"ע [סי' מ"ב ס"ג], ויכולין לומר כל אחד מהם דלהשעות נתכוין, רק דבעינן שיראו כעדים את המעשה, [ולדעת הסמ"ג והוא דעת רמ"א [סי' מ"ב ס"ג] ע"א מיסא בעינן]. וכיון שעיקר המעשה נתקיים עפ"י ראיה והשמיעה של הקידושין שוב נגרר כל הענין של הקידושין רק אחרי הראיה דלית ביה מעשה. ומשה"ע יש מקום לומר שגם דברים שבלב מהני לבטל הענין שכל עיקרו נתקיים ע"י דבר דלית ביה מעשה רק דלא מהימן. ומש"ה היכא דאית ליה מיגו מהני, וכעין סברא זו מצינן בכריתות [דף ג' ע"ב] בתוס' ד"ה הואיל וישנן בראיה תימא מאי משני ממסית וממדיח וכו' וז"ל, ובספרו כתב שאני עדים זוממין הואיל וישנן בהם, פי' בהם לא יגיד. ומפרש בפרק שה"ע דאין מתחייבין אלא בב"ד ולהכי מעקימת שפתיו לא מיחייבי, דא"כ אפי' חוץ לב"ד נמי דהגדתן לחוד דהיינו פיהם לא גרמא להו. אבל בעלמא דמיחייבי עפ"י דיבורן לחוד עקימת שפתיו הוי מעשה, עכ"ל יעו"ש. ודעת לנבון נקל שעפ"י סברתם יש לחלק כל מעשה קידושין מכל קניינים, ואפי' נדברים שנתקיימו ע"י דיבור לחוד, כיון שעיקרו נתקיים רק ע"י ראיית העדים דלית בהו מעשה. [והיה אצלי מופלג אחד ורצה דברים הללו ואמר דאין להשיב ע"ז מהא דאמרינן בקידושין ר"פ האומר שאני נתינת מעות ליד אשה דכמעשה דמי, דש"ה שהביטול הוא אחרי שנתקיים הדבר, משא"כ בביטול הדבר שהי' בשעת מעשה כגון ע"י טענת השטאה וכדומה שאז מסבית ומיפר הדבר מתחילתו, ושפיר קאמר]. ובני הרב שיחיה הקשה על דברי החכם לבי הנ"ל מדברי הר"ן ריש פסחים שהקשה בביטול שבלב דמהני הא הוי רק דברים שבלב. אמנם לדברינו הנ"ל ניחא כיון שעד עתה החמץ היה ברשותו לכל דבר היאך נפקע מרשותו ע"י דברים שבלב, משא"כ בקידושין שעיקר קיומו ע"י דבר דלית ביה מעשה דהיינו הראיה והשמיעה של העדים:

וכיון שיש מקום לקיים דברי הח"ל הנ"ל ודברי הב"ח, וגם הח"מ שחולק בזה, מסיים שאין להקל לכתחילה [ומשה"ע שפיר עשה הרב המחה"ג ובד"ל שהחמירו לכתחילה]. אבל כיון שנסתיים מילתא שברח לנפשו והוי מקום עיגון ושעת הדחק טובא בוודאי אין להחמיר:

ומבלעדי כ"ז כבר יצאה הוראה מפי תורת רבינו משה ע"ה בהג"ה שם דבמקום עיגון וש"ה מותרת להנשא כשנתקדשה בפני ע"א אפי' כששניהם מודים. ומכ"ש בנ"ד דנראה בעליל שכיון רק לשחוק והיתול. רק דבקידושין לא אזלינן בתר אומדנא לבעלם כמבואר בהג"ה שם [סעיף א'] אבל היכא דיש לו מיגו בוודאי נאמן גם לדעת הח"מ ואפי' לכתחילה:

ומה שהקשה בחכ"ל שם על הח"מ דבטוען א' מהם טענת השטאה נפקע גם השני, שהרי לא עדיפא הטענה של עכשיו מטענת המיגו שבידו לטעון, וכשם היכא דמכחיש הוא את העד אסורה להנשא, א"כ גם בטענת השטאה תיאסר היא להנשא. הנה בהשקפה ראשונה אמרתי דבדבר דלית ליה נפקותא ורווחא תלי' בפלוגתא דרבוותא בישׁ בניס אם נאמן לגמרי ותיפשא גם לכהן [ועיין תוס' ב"ב קל"ד ע"ב בד"ה הואיל, ורמב"ן שם] דכיון דנאמן שיש לו בנים אזי מותרת גם לכהן, וה"ה הכא בטענת משטה, ויש לחלק קצת. ועוד נראה דכיון דנאמן לסלק נד הנגיעה של עצמו שוב נאמן עליה מתורת ע"א וכשם דאמרינן גבי הן שלוחיו הן עדיו [קודם דתיקנו רבנן שבועת היסת דהוו עדים, בש"ס קידושין מ"ג ע"ב] וא"ל דמ"מ היאך נאמין לע"א בדבר שבערוה. דז"א כיון דטוען המקדש מיד שלשחוק בעלמא כיון, הרי לא נתחזקה מעולם ועוקר הדבר מעיקרא, וכבר מבואר במרדכי ר"פ האומר [ובתשובת מיימוני הלכות אישות סי' נ'] בכה"ג בשליח שקידש וטעה ואמר לי יעו"ש, שוב ראיתי בבית מאיר [ר"ס מ"ב] שכתב דאין להאמינו מתורת עד כיון דהוי דבר שבערוה, ולפי ענ"ד נראה כמ"ש:

ג ועיין בב"ש שם [סק"ו] שהשיג על הב"ח דא"כ לומר משטה ע"י מיגו להכחיש העד, דדמי לנסכא דר' אבא, וכל הרואה ישתומם שהרי לפום שני טעמים המבוארים בתוס' שם, הוא רק היכא דמחייבו שבועה. אבל בקידושין דלא שייכ' שבועה כמ"ש הש"י בקידושין [דף ס"ה ע"ב] ד"ה ע"א בהכחשה, וכבר צווח עליו בעל חכם לבי בספרו שם וכתב עליו שטעה בזה, וראיתי בספר מגיבת נפש מהגאון מו"ה ר' ליבוש חריף זצ"ל שמתרץ דבריו [בסימן נ"ט] דממ"נ אם טוען המקדש משטה אזי לית לי' מיגו שהרי לפי דבריו צריכה להחזיר לו את כסף קידושין. ובאם יכחיש את העד שוב לית ליה דין ודברים עלי' ויפסיד כספו. ובאם טענה היא דלשחוק בעלמא קיבלתה, לית לה מיגו מפני דהיתה צריכה לישבע להכחיש את העד נגד כסף הקידושין, ועודנו לא השיב נפש המעיין בזה, דהרי אנן פסקינן דקידושין לטיבועין ניתנו [בש"ע אהע"ז סי' נ'] וא"כ אפי' היכא דקידש בעדים והלכה בשאט נפשה ונישאת לאחר אין יכולין לכופה שתחזיר הכסף קידושין אפי' כשכופרת והכחישתם, שהרי גם לדבריהם אין עלי' שום דו"ד על הכסף שקיבלה לקידושין כיון דלטיבועין נתנו, וה"ה נמי בע"א דהיכה צריכה לישבע להכחישו שהרי גם לפי דברי העד עצמו אין עלי' עסק דין ממון כלל:

ולפענ"ד נראה ליתן מקום לדברי קדשו של הב"ש עפ"י דברי ר"י בתוס' ב"ב [דף ל"ד ע"א] ד"ה הוי, דעיקר הדבר דאמרינן בנסכא דר' אבא מתוך. משום דלא אלים להכחיש את העד ובשבועה ולית לי' מיגו, [ובימי חורפי כשהייתי בלוותא עם יד"נ הגאון מו"ה זאב וואלף מזאלשין זצ"ל אב"ד דק"ק לאסק הקשה שהרי לענין שבועת שקר ליכא נפקותא בין אם נשבע לשקר שד"א או שבועה דרבנן, ואמאי אמרינן דליתא לדינא דמתוך שאיל"מ אלא בש"ד. אבל בשבועה דרבנן לא [ומשמע בתוס' פ' חזקת הבתים (דף ל' ע"א) סד"ה לאו, דר"י בעצמו מודה לזה היכא דע"א מחייב רק שבועה דרבנן ל"א מתוך ועי' בש"כ סי' קמ"ו ס"ק י"א י"ג] דמ"מ לית ליה מיגו דאינו רוצה להכחיש את העד ובשבועה כיון דלדין שבועה אחת היא. ואמרתי לו אז דאין הכוונה מפני חומר ועונש השבועה רק דכולו יסוב כלפי ההעזה דכיון דחייב לישבע נגד העד שד"א וכל כמה דלא נשבע נחתינן ליה לנכסיה מפני שמחזיקינן לאמת ולצדק עדותו של העד ולהחזיק דברי המכחיש לדברי כזב ושקר ומש"ה הוא דלא אליף להכחישו, אבל בשדר"ב דלא נחתינן לנכסיה אפי' כשאינו רוצה לישבע, רק דרבנן תיקנו שישבע לאמת דבריו ומש"ה עודנו לא יתראה כדובר כזב ושקר, והרב הנ"ל הודה לדברי וקילסם:

ובזה יש להקל קושי' תוס' שם שהקשה על תי' ר"י דא"כ נס לרב ושמואל דלית להו מתוך מ"מ יודו בנסכא דר' אבא כיון דל"ל מיגו, עפ"י המבואר בש"מ בסוגיא דשאלה ושכורה (ב"מ נ"ז ע"ב סד"ה השוכר) דנחתינן לנכסיה הוא מתורת מתוך דמה לי טוען איני יודע שאינו יכול לישבע או שאינו רוצה לישבע, וכיון שכן לרב ושמואל דלית להו מתוך כשטוען א"י נגד ע"א, לית להו נ"כ דבשבועה דאורייתא נחתינן לנכסי'. ומש"ה נס בנסכא אית לי' מיגו לדידהו דין שד"א כמו שבועה דרבנן לדידן]:

ועיין שבועות בסוגי' דקלילה דלרמב"ח אליבא דרב ושמואל אמרינן מיגו דהיעזה לאפטורי משבועה ומשה"ע מקשי' שבועת שומרים דחייבא

דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, ואפ"ה חייב' רחמנא שבועה במודה במקצת משום דלכפור יותר הוי העזה יתירה כמ"ש תוס' שם ד"ה מתוך, ול"א מיגו כזאת לאפטורי משבועה, ומשה"ע מסתבר כמי דמיגו להכחיש העד אפי' בלא שבועה. היכא שיכפור יותר בטענה שיטעון ממה שטוען עכשיו, כיון דאיכא תרתי לריעותא להכחיש העד ולכפור יותר דדמי למודה במקצת דלא אמרינן מיגו לכ"ע מפני דהוי העזה יתירה [נגד דבר קל שהוא רק דין שבועה לברר האמת]. ואע"ג דאית לי' לרמב"ח אליבא דרב ושמואל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה אפי' היכא שעתה אין חבירו מכיר בשקרו ובמיגו שיטעון יכיר בשקרו, ואפ"ה ל"א מיגו לאפמ"ש היכא דיכפור יותר, א"כ מכש"כ דל"א מיגו היכא דאיכא תלתא לגריעותא היכא דעתה אין חבירו מכיר בשקרו ואין העד מכחישו ואינו כופר רק במקצת, ובטענה שיטעון יכפור יותר ויכיר בשקרו ויכחיש את העד. דל"א אפי' לענין ממון, דהשתא להכחיש את העד ובשבועה אע"ג שגם עתה יצטרך ג"כ לישבע כקושי' תוס' שם. אפ"ה בהצטרף שיש האלו שיצטרך להכחיש את העד בשבועה ל"א אפי' לענין ממון גבי נסכא דר' אבא, מכ"ש בהצטרפו הנך תלתא לריעותא דל"א אפי' לענין ממון, תוכן הדברים בקצרה כיון שנתגדלה ההעזה ע"י שיכפור יותר, דלכ"ע ל"א אפי' לרמב"ח דאית ליה אליבא דרו"ש דאמרינן מיגו דהעזה לאפמ"ש ומהימן לומר נאנסו בלא שבועה במיגו דלהד"מ, אע"ג דאיכא נפקותא רבה שעתה אין חבירו מכיר בשקרו ויזויח רק מעט מזעיר, וע"י זה שירויח רק דבר מועט נתגדלה ההעזה שיהיה מלאו כנחושה בשביל הרווחת שבועה לחוד ויכחישו בדבר שחבירו מכיר בשקרו, אפ"ה אית ליה לרמב"ח שגם העזה גדולה כזאת לא יפסיד המיגו [ואנן פסקינן דלא כרמב"ח ולא אמרינן מיגו דהעזה לאפמ"ש אבל לפטור מממון אמרינן, והיינו טעמא משום דהיכא דמרויח בזה אזי נתקטנה ממילא ההעזה מהיכא דלא מרויח רק הרווחת שבועה לחוד, אבל להכחיש את העד ובשבועה כמו בנסכא דר' אבא, אע"ג שגם בטענת ·דידי חמפי יתחייב לישבע מדאורייתא (כמו בהאחרתי במיגו דנאנסו לדעת רוה"פ זולת לדעת בעה"מ, ועיין בש"ך סי' רצ"ו ס"ק ג') ובשניהם חבירו מכיר בשקרו אפ"ה נתגדלה ההעזה בזה להכחישו בשבועה דאפי' להרויח ממון ל"א] ואפ"ה מודה רמב"ח דלכפור יותר ל"א מיגו לאפ"מ אפי' דבשניהם חבירו מכיר בשקרו אפ"ה נתגדלה ע"י זה ההעזה, עד דכ"ע מודים דל"א:

[וכמו כן מצינו כמה פעמים דלא אמרינן מיגו דהעזה אפי' לענין ממון, כמו גבי האומר לחבירו אל תפרעני אלא בעדים דלא מהימן לומר פרעתיך ביני לבינך אף על גב דאית ליה מיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים, משום דהוי מיגו דהעזה עיין שבועות (דף מ"א ע"ב) וברא"ש שם סימן י"ג:

וכן מצינו גבי תבעו ביומא דמישלם זמנו דלא מהימן לימר פרעתיך תוך זמני במיגו דאי בעי אמר פרעתיך היום משום דהוי מיגו דהעזה, עיין ב"ב (דף ה') בתוס' ד"ה ובא בזמנו וכו' ובתומים (סי' ע"ח סק"ח) שהקשה שם קושי' זו דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה, ותי' משום דהוי נגד חזקה ג"כ ומיגו דהעזה נגד חזקה לא אמרינן אפי' לענין ממון:

אמנם תירוצו צ"ע, דאם איתא דרק משום דהוא נגד חזקה לא אמרינן מיגו דהעזה כהאי א"כ קשה דהא אכתי אית ליה מיגו, דהנה המרדכי שם מדייק אי טען מחלת לי אי מהימן ודייק דלא מהימן דהי לאו הכי להימני' פרעתי במיגו דמחלת לי אלא משום דמחלת לי הוי טענה גרוע והיא גופה לא מהימן כי אם במיגו, ואי ס"ד דאמרינן מיגו דהעזה כהאי לענין ממון א"ב להימני' היכא דטען פרעתיך הוך זמני במיגו דמחלת לי ומחלת לי היי מהימנינן ליה במיגו דפרעתיך הייב ותו לא הוי מיגו נגד חזקה דבטענת מחלת לי לא הוי חזקה המנגדו, אלא וודאי דהעזה גדולה כהאי לא אמרינן אפילו לענין ממון. אלמא היכא דאיכא העזה גמורה אפילו היכא דליכא מיגו להכחיש את העד לא אמרינן מיגו כהאי]:

ומשה"ט סבירא ליה לבית שמואל כשטוענת היא להשטות בך נתכוונתי ונתקדשה בפני ע"א דל"מ במיגו דלהד"מ מפני שאז תכפור ביותר, שעתה בטענתה איננה כופרת ומברחת ממנו רק התקשרות האישות לחוד וכשתטעון להד"מ תכפור גם בכסף קידושין. ועתה אין המקדש מכיר בשקרה ואז יכיר וידע וגם תחלוף להכחיש את העד לכן בהצטרף כל הנך ריעותות סרה המיגו בכללו ול"א אפי' לענין ממון כמו בנסכא דר' אבא:

ולפ"ז בכ"ד שהמקדש טוען משטה ואית ליה מיגו דא"ב היה אומר בפירוש כמו שהגיד העד השני שלא אמר רק הרי את כמו"י,

דאזי בין כך ובין כך לית ליה נפקותא לענין ממון. גם הב"ש מודה דמהימנינן ליה במיגו. ועוד דלמ"ש הלא עיקר דעתו דב"ש סובבים רק עפ"י דעת ר"י בנסכא דר' אבא שהוא משום לא חליף. והכא אם יאמר כמו העד השני ואיכא עד דמסייע ליה מעיז ומעיז. ועוד שגם לפי טענתו אין לו שום טענה על כסף קידושין. כיון שהחזיר הכסף מה שנטל מתחילה ממה שהניחה הבעה"ב לשחיטת האווז. רק היכא דכיון לקדשה אזי יש לומר שמטבע הלז שלו היה מתחילה והמטבע שלקח עודנו בידו או אפי' כשנודע בבירור שזהו המטבע שלקח מתחילה וכיון שהלך וקידשה בו אזי מסתמא תפסו על שכר פעולתו שמגיעו. אבל כל שכיון להשטות בוב לית ליה תביעה ודין ודברים עליה על הכסף שנתן לה שתחזיר לו דהאי אמרינן להיפוך דכל כמה שלא גילה דעתו שתפסו על שכר פעולתו דמסתמא נתן לידה את המגיע ממנו וכאשר אמרה הבעה"ב מתחילה:

ועיין בירושלמי סוף כתובות בסוגי' דשניס שהוליאו שט"ח זה על זה. ובתומים [סימן פ"ה סק"ד] דמסתמא ל"א דנחשב כפרעון עד שיבאו לידי גביי'. וה"נ בכ"ד שמגיע לו מבעה"ב שכרו ומגיע ממנו מה שלקח מן השלחן שנתנה לשחיטת האווז, אזי כל כמה דלא גילה דעתו לא נחשב לפרעון. וגם הוא לא לקחו מתחילה לפרעון רק לצחוק ולצערה [כמ"ש בנגב"ע]. לכן גם כשנימא דכיון להשטות בה. אזי מסתמא החזיר לה ע"ד שליוותה הבעה"ב מתחילה:

ד גם יש לדון ולומר כיון שאמר בבירור גמור שהיה במעמד עם העד הראשון. ולא שמע שתי תיבות האלו שהן עיקר הקידושין. אזי ממילא נידון העד הראשון כעד אחד בהכחשה כמבואר בחשן משפט [סוף סימן כ"ט] האומר לא ראיתי הוי כאומר לא ראית ונידון כע"א בהכחשה. ושניהם המקדש והמתקדשת ג"כ אומרים לא נתקדשו שהרי היא אומר שכיון להשטות וגם היא אומרת שלא נתכוונה כלל להתקדש לו ולא ידעה מאומה. ועיין ברהב"ד [פ"ט מהלכות אישות הלכה ל"א] ובמגיד משנה ובמשנה למלך שם. ומבואר בתשו' רשב"א מובא במש"ל דגם בדבר שמיעה הדין כן דכל האומר לא שמעתי כאומר לא שמעת דמי. ומה שמעורר המש"ל מתשו' ריב"ש. דבריו תמוהים דבעובדא דרשב"א איירי להדי' דעדי הגט שנזדמנו לעדי חתימה ועדי מסירה אמרו לא שמענו הביטול מודעא ועדים אחרים אמרו שמענו ומש"ה נידון כתרי ותרי והריב"ש מיירי להיפוך יעו"ש דע"א אמרו שמענו (והם ואחרים) ואחרים אומרים לא שמענו. ועיקר דבריו סובבים שם משום דלגבי אחרינא הוי כמילתא דלא רמי' עלייהו לגבי הנך דנזדמנו לכך:

ולפ"ז בכ"ד דשניהם לא נזדמנו שניהם שוים. בפרט בכ"ד ששמע שקרא אותה המקדש ואמר לה הילך (הלעגער) הרי את כמו"י וכו'. ושמע תחילה וסוף ובאמלע לא שמע מפני מילתא דלא רמי' עלי' לא מסתבר כלל. לכן בזה לכ"ע הוי עדות גמורה ודינו של העד הראשון כדין ע"א בהכחשה דלאו כלום הוא. ואע"ג דבע"א אומר שנתקדשה וע"א אומר ל"כ לכתחילה לא תינשא. זהו כשמכחישין א"ע בקרוב לה דעבידי דטעו ולדעת התוס' [כתובות כ"ג תד"ה תרווייהו] בעינן ג"כ שידוע גם לאחרים שזרק לה כדי להוליאה מחז"פ רק הר"ן מחמיר בזה דאפי' כשלא נודע לאחרים וכ"פ בש"ע אה"ע סי' מ"ז ס"ג [ובב"ש שם ס"ק ה' ו']. ולדעת רמב"ן ורשב"א איירי כשאינה מכחשת וכגון בקיבל אבי' קידושין. ולדעת הר"ן גם הרמב"ם איירי בקרוב לה ומכחישין את עלמם בזה ומשום עבידי דטעו. אבל בכ"ד שאמר עד השני בבירור שלא שמע שתי תיבות באמלע. מסתברא דל"ש לטעות בזה. רק היותר מחמיר בזה הוא דעת המ"מ [פ"ט מה"א הלכה ל"א] בפירושו לרמב"ם דדוקא בע"א אומר נתקדשה והיא אומרת ל"נ הוא דתינשא לכתחילה משום חזקה דאין אשה מעיזה. אבל היכא דאיכא עד דמסייע לה מעיזה ומעיזה:

ונראה דזהו דווקא היכא שהמקדש אומר ג"כ דנתקדשה או היכא דאזיל לעלמא. אבל היכא שהמקדש לפנינו והוא והיא אומרים דלא נתקדשה אזי גם לדעת המ"מ תינשא לכתחילה. דיש להבין לדעתו אמאי לא נאמין לע"א האומר ל"נ במיגו דא"ב שתיק ואזי תינשא לכתחילה. רק מפני דאמרינן דאי שתק איהו גם היא לא תוכל להעיז ולהכחיש העד. אבל היכא שגם המקדש אומר דלא קידשה שוב נאמן העד האומר שלא נתקדשה במיגו דאי בעי שתיק והיא תוכל להעיז ולהכחישו מפני שהמקדש מסייעה. וכי תעלה ע"ד היכא דאיכא עד אחד לבד האומר דנתקדשה ושניהם מכחישים אותו דלא תינשא לכתחילה:

לכתחילה. והיכא שהיא לבד מכחישתו דתינשא. גם מסתימת לשון הרמב"ם לא משמע כן:

לכן בנ"ד כיון דסוף סוף שניהם אומרים דלא נתקדשה שהמקדש לא נתכוין לקנותה והיא לא נתכוונה להקנות את עצמה. לפי דבריהם אזי לכ"ע תינשא לכתחילה:

ה ועוד בה שלישי' שיש מקום להתירה במקום עיגון אפילו כששניהם שמעו לשון הקידושין בלא דברי ליצנות עפ"י גנ"ע פה ועפ"י גנ"ע בעיר הנ"ל. ולמ"ש לפי גנ"ע דפה שאמר לה לאחר שחיפשה הלענער ולא מצאה (קום נא דיר דעם לענער) משמע להדיא שכוונתו היה על הידוע שחיפשה עד כה ונתן לידה ואח"כ אמר לה הרי את מקודשת לי דלא גרע משתיקה דלאחר מתן מעות. ואפי' כשנתגלית בפירוש נראה [עפ"י מה שיתבאר להלן ביותר ביאור] דדמי לטלי סלע זה שאני חייב ליכי ולאחר מתן מעות אמר לה תיכף לשון קידושין דאינה מקודשת אפי' נתגלית אח"כ כדקתני שם להדיא [בברייתא בקידושין י"ג ע"א], אלא אפי' לפום גנ"ע שנגבה בעיר הנ"ל שלא כתב בו (דעם לענער) [אמנם יכול להיות שלא דייקו כ"כ לחקור אח"ז, ופה שאלנו אותו איזהו פעמים אם אמר (דעם לענער) או סתמא, ולאחר החקירה והדרישה אמר שיודע בבירור גמור שאמר (דעם לענער)]. מ"מ כיון שקרא אותה לאחר שחיפשה ולא מצאה ואמר שישיב לה (הלענער) ולקח ידה בידו ואמר לה הילך (הלענער הלז) והרי את מקודשת לי וכו' [לפי גנ"ע הראשונה בנ"ב הוין] משמע ג"כ דמתחילה כיון להשיב (הלענער) שלקח ואח"כ חזר בו. או שכיון לחזרה ולקידושין וכדעת הרמב"ם [פ"ה מה"א הל' י"ב ובמ"מ שם] בסלע זה שאני חייב ליכי [ואע"ג דבגנ"ע השני לא כתוב בו לשון זה אל יתמה הקורא בזה. כי עיקרו של גנ"ע השני מעיר הנ"ל לא בא רק לאשר שכתב בגנ"ע הראשונה שהעד השני שמע רק קול הברה ואמרתי לקרובי המתקדשת שצריך לבאר בלשון אשכנז באר היטב את אשר שמע ולכן קיצר במה שפירש בראשונה]. ומעתה יש כאן מקור נובע כעין שני סעיפים להתירה במקום עיגון חדא עפ"י המבואר בפוסקים דעיקרן של קידושין שנתפסים גם כי שתקה היא. הוא באחת משתים או כשהמציאה היא את עצמה לקבל הקידושין. או מפני דהוי לה לזרקם. והיכא דיש מקום לטעות עפ"י שיקול דעת דקסברה שתתחייב לשלם. אע"ג דמצד הדין פטורה. מ"מ לכ"ע אינה מקודשת אפי' לרב הונא ברי' דרב יהושע בליפתא דאשה בקידושין [דף י"ג ע"א]. עיין ברמב"ן מובא ברשב"א שם ובריטב"א ור"ן. ואף לדעת רמב"ן שחולק שם בפירושו. וס"ל דגבי פקדון כל היכא שלא גילה דעתו ואמר בפירוש לנפקד הילך את שלך והוא לא רצה לקבלם. רק שזרקם מיד בפניו ואמר לו הרי שלך לפניך. דלרמב"ן מחויב הנפקד מצד הדין דסבירא ליה שדין פקדון והלואה שוין. ורשב"א חולק בפרט זה ומחלק בין הלואה דאיתא ברשות לוה לגמרי מה שאין כן בפקדון דאיתא ברשות מארי'. [ועיין בח"מ סימן רנ"ג דפליגי בזה הסמ"ע והש"ך בס"ק ב' ג']:

אמנם לדינא נראה דאיפשר שגם רמב"ן יודה בפרט זה דאפי' היכא דמצד עיקר הדין פטורה, כיון דמ"מ עפ"י שיקול הדעת יש מקום לחייבה תו ליכא ראיה משתיקתה דמשום זה לא שדיתינהו דקסבר' שתתחייב לשלם. אמנם היכא שגם עפ"י שיקול הדעת ידוע דלא תתחייב לשלם. פליגי רבא ורב הונא בריה דרב יהושע, דרבא ס"ל דמ"מ נהי דלאו דינא גמירי, ורב הונא בדר"י חולק דכל כה"ג שאין מקום לטעות כלל, אזי אמרינן דמשתמא נתרצה, דאל"כ תשדינהו. והנה בזרק לה קידושין ואמר קודם שהגיע לידה לשון קידושין דפליגי בזה הרמ"ה עם שאר פוסקים, אזי לדעת הח"מ [סי' מ"ב ס"ק ב'] תליא בפלוגתא דרבא ורב הונא בריה דרב יהושע דרמ"ה ס"ל להלכה כרבא. והחולקים, כרב הונא. וכן בלקח יד האשה בחזקה וקידשה ולא זרקה תליא נמי בזה. אמנם הב"ש שם ס"ל דשאני זרק לה וכן כשנטל ידה בידו שלא באה מתחלה המעות לידה מרצונה, אזי לדעת הרמ"ה א"מ. וכן דייק מלישנא דש"ע שהלכה פסוקה כדעת רמ"ה, [עיין בסי' כ"ח סעיף ה' וריש סי' ל' וסי' מ"ב]:

ומעתה נחזה אנן בעובדא דידן שמתחלה אמרה אשת הבעה"ב למשרתת לך לבחוש את האוות והילך א' זהב והניחה מיד את הזהב על השלחן בפני המשרתת והבעה"ב הלכה לעסקיה וגם המשרתת הלכה והניחה הזהב על השלחן במקום שאינו משתמר שהרי כמה פועלים ישבו שמה. ונמצא דמיד שקבלה המשרתת את פקודתה הלך בשליחותה, שכן הדבר חובה עליה משתמא, ובעה"ב הלכה להרכה דאזי כבר נתחייבה המשרתת בשמירתן, לדעת הפוסקים בסי' רנ"א ס"ה [וסי' ש"ג וסמ"ע שם ס"ק א'] דמשעת סילוק בעלים נתחייב השומר בשמירתן. ואפי' לדעת החולקים שמה דדווקא במשיכה נתחייבו שומרין, מ"מ בנ"ד תיכף לאחר שנאבד הזהב מן השלחן תפסיד המשרתת מדמי משכורתה, שהרי הבעה"ב היא מוחזקת ברשות בדמי משכורתה שמגיע לה מתחילת הזמן ועודנה לא קיבלה חלף משכורתה. וכיון שתחילת קבלתה לא המציאה א"ע לקבלם כיון שלקח ידה בידו. ובנ"ד אם תשדינהו אח"כ אזי לכ"ע תפסיד שלה. לכן גם לדעת הח"מ דהגהת מרדכי בגיטין דס"ל דמקודשת וחולק ע"ד רמ"ה היינו מפני דקסברה דבזה אין מקום לטעות והוי לה לשדינהו. אכן בנ"ד דבוודאי תפסיד מדינא כאשר בארנו, אזי לכ"ע א"מ. ולדעת הב"ש דווקא כשנתגלית מתחילה הוא דמקודשת כשלא זרקה. אבל כשלא נתגלית מתחילה אזי א"מ מפני שלא בא המעות מתחלה לידה מדעתה אפי' היכא שלא תתחייב אם תשדינהו:

אמנם יש לפקפק בזה. כיון דבהגהה נקט ליה שלקח יד אשה בחזקה שלא ברצונה. וכן בהגהת מרדכי כתב שם לקח יד אשה בע"כ. ובגנ"ע בעובדא דידן לא משמע להדיא דלקח ידה בחזקה. רק מ"מ יש מקום לומר כיון דעיקר דעתה היה שיחזיר לה (הלענער) שלקח משלה שהרי קרא אחריה ע"ד כן. וגם עתה אמר לה (נא דיר דעם לענער) דמשמע שסובב על מה שאמר בראשונה. [וכמ"ש בחידושי רשב"א אשר הבאתי לעיל (באות א') שרק לענין שתהיה מקודשת לא מהני זה משום דבעינן עדים דווקא. אבל לענין זה שלא תהיה מקודשת. וכן בנ"ד לענין שאר דברים אמרינן דמשתמא הוכיח תחלתו על סופו]:

ו ונוסף לזה יש מקום להתירה כיון שקרא אחריה ואמר שיחזיר לה (הלענער). ומיד הלכה אחריו ואמר לה הילך (הלענער) והרי את מקודשת לי. הרי יכולה לומר אין שקלי' ודידי שקלי. מידי דהוי כאלו אמר לה הילך הסלע שאני חייב ליכי והרי את מקודשת לי אינה מקודשת משום שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי. וה"נ כיון שכבר בארנו שכל כמה שלא נמצא (הלענער) תפסיד משלה עפ"י הדין. ומ"ל אם מחמת ספק אם מחמת וודאי, כיון שבעה"ב מוחזקת ועומדת בדמי משכורתה, [עיין גיטין (דף מ"ב ע"ב) גבי כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה. ובמשנה למלך פרק ט' מהלכות איסות הלכה ו' ד"ה ודע]. וגם כבר בארנו לעיל [בסוף אות ג'] עפ"י הירושלמי בסוף כתובות, ותומים [סי' פ"ה] דכל כמה דלא גילה הפועל דעתו שתפסה על חובו נמצא שהוא חייב להחזיר לשלם. וכאשר עשה כן ואמר לה שיחזיר לה אע"פ שאמר לה ג"כ הרי את מקודשת לי כבר יכולה לומר אין שקלי וד"ש. ונראה בנ"ד אין לחוש מפני קלא שמעתי אומרים, שהיה קול ושוברו עמו שתיכף אמרו שכיון רק לשחוק ולצערה:

מכל הלין טעמי נלפע"ד שהבתולה הזאת מותרת להנשא לכל מי שתרצה רק באופן שיסכים לדינא אחד מגדולי זמנינו שליט"א, ואזי גם אני מסכים לזה ומכלל הן אתה שומע לאו:

ז לאשר נתעכבה התשובה הזאת פה בעבור מניעת נוסע נכון. הנה הרהרתי עוד קצת בזה ואמרתי שיש עוד סניף להתיר מחמת הליצנות שהיים. ומזה נראה שעיקר מגמתו רק לחוכא ואטלולא ולצערה. בכגון זה איפשר לומר דכ"ע מודו לדינא דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו. שהרי גם בעלמא פסקינן דבשתק ולבסוף צווח דספיקא הוי, עיין רמב"ם [בפ"ט מה' תרומות], ועיין חולין [דף ל"ט ע"ב] גבי כתבו ונפל מן הגג ומת דאם מעלמו נפל הרי זה גט. ועיין באה"ע [סי' קמ"א בב"ש ס"ק כ"ד]. וטעמא דמילתא כדאיתא בחולין [דף ל"ט ע"ב] ש"ה דקאמר כתבו, וז"ל רש"י ואיכא קלא הוכחה ונפילתו גילוי מילתא בעלמא הוא. הרי אע"ג דבכתב לחוד לית ביה שום נדנוד ספק גם אם נתנו לידה. מ"מ כיון שנפל אח"כ אזי אמרינן דהוכיח סופו על תחילתו משום קלא הוכחה. וה"נ בנ"ד כיון דאיכא קלא הוכחה מעיקרא שאמר הנער פינחס לפועלים שעמו שיקחו כל אחד מטבע א' כדי להקניטה ולצערה. וגם סיים באמריו דברי שחוק והיתול. אזי אפ"ל דלכ"ע פסקינן בזה דהוכיח סע"ת. וא"ל דש"ה שהמעשה סתמיי שאמר כתבו לבד ולא אמר ובלע כל הענין הוא דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו. אבל לא בדבר שמנגד לגמרי נגד מעשה הקידושין דמחזקינן בסתמא שנתכוין לקדשה, וחזקה גמורה היא שאין אדם עושה מעשה להשטות ולצערה. שהרי גם התם בחולין שרצה לדמות גבי ישראל שעבד וכו' ג"כ איכא חזקה גמורה שאין לך חזקת

חזקת

חזקת כשרות גדולה מזו. ואפ"ה אם גם שם היה קצת הוכחה מתחלה הוי שוה לנגע. גם משמע מגב"ע הראשונה שדברי ליצנות הלז אמר בעודנו מחזיק בידו את ידה. וכל זמן שמחזיק ידה לא נגמרה הנתינה. לכן גם אם נימא שגם בזה לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ומיהדר הוא דקא הדר ביה ג"כ מהני, הגם דבקידושין תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי, וזהו כשנגמרה הנתינה:

אח"כ ראיתי בתשו' נודע ביהודה [מהדורא קמא הי' נ"ט] שכתב כן דכ"ז שלא נגמרה הנתינה, יכול לחזור בו בכעין ה"ד. אולם מ"ש שם הנב"י דבאמרה לשחוק נתכוונתי וכן שלא הבינה לשון הקידושין דנאמנת מצד ע"א נאמן באיסורין כיון דלא איתחזק, בפרט דהכא איכא ג"כ חזקת פנוי'. וכיון בעצמו לדעת המרדכי ותשובת מיימוני שהבאתי לעיל [בסוף אות ב'], וכבר הארכתי בזה בזית רענן חלק ראשון דבעיקר הדבר כבר איפלגו בזה הרמב"ן והר"ן בסוף סוגי' דשליש. איברא כאן שלדבריו עדיה בחז"פ ואיכא כמה הוכחות ואומדנות לזה. הוא דס"ל להג"מ דנאמן. ועי"ש בזית רענן [בי"ד ח"ב סי' זיין אות ח']. אולם עיקר דבריו תמוהים שהרי גם לדעת הרמב"ן דע"א נאמן בדבר שבערוה היכא דלא איתחזק. בפרט היכא שמברר הדבר לגמרי מכל וכל דאזי כ"ע ס"ל דנאמן [שהרי גם הר"ן שחולק בגיטין וס"ל דע"א אינו נאמן אפי' בדלא איתחזק לכן גם כשבאו הקרובות ואומרות לא נתקדשנו ל"מ. אפ"ה ס"ל לר"ן בקידושין גבי קדשתי את בתי דנאמן בתורת ע"א לפי שמברר הדבר לגמרי משא"כ התם שאומרות לא נתקדשנו שעודנו הדבר בספק]. ובכל זאת מבואר להדי' בקידושין [דף ס"ג ע"ב] דכשאומרת נתקדשתי וא"י למי נתקדשתי ובא א' ואמר אני קידשתי' דא"כ לכנוס משום דיצרו תקפו, הרי להדי' שהבע"ד בעצמו בוודאי אין להאמינו מתורת ע"א בדבר שבערוה. אע"ג דנוגע נאמן באיסורין מ"מ בדבר שבערוה אפי' היכא דלא איתחזק לכ"ע הבע"ד בעצמו אינו נאמן. ואולי הטעם משום דדבר שבערוה שאני דיצרו תקפו. כעין דאמרינן החשוד על העריות דכשר לעדות [בפ' זה בורר דף כ"ו ע"ב ובתוס' שם] וכ"מ בקידושין [ס"ג ע"ב] דמשום דיצרו תיקפו הוא דאינו נאמן. וכ"מ גבי שבוי' שהוא רק איסור דרבנן בעלמא וע"א דעלמא נאמן לומר טהורה היא אפילו בדאיכא עדים שנשבית והיא בעצמה א"נ [כתובות כ"ג ע"ב]. וכן גבי פתח פתוח משמע מכל הפוסקים שהיא אינה נאמנת לומר אין תחתיו באשת כהן מתורת ע"א רק מחמת חזקת כשרות. עיין ברא"ש כתובות [פ"ק סי' י"ח]. אע"ג דלגבי איסור כהונה נאמן ע"א דעלמא היכא שאינו פוסלו או מכשירו מתולדתו. כדמשמע מדברי הרמב"ם מכמה דוכתי. וכבר האריך בזה השב שמעתתא [ש"ו פ' ט"ו] והחליט כן לדינא דבאיסור כהונה נאמן עד אחד. לבד מבן גרושה וחלוצה שפוסלו מתחילתו:

והן הגם דכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה מכל הלין טעמי נראה לפענ"ד להתירה לעלמא:

גם את"ל שדברי הליצנות והשחוק שזרק מפיו היה אז כשכבר סילק את ידו מידה והזי אפ"ל דמיהדר קא הדר ביה ולאחר שכבר נגמרה הנתינה שוב לא מהני חזרתו אפי' תוך כדי דיבור. וגם כדתימא דמה שגילה דעתו מעיקרא במאי שאמר מתחילה להנערים שיקחו כל אחד מטבע אחת לא דמי לגילוי דעתא דכתבו, השנוי' במס' חולין. אפ"ה נראה שכל כה"ג בוודאי אמרינן הוכיח סופו ע"ת כי היכי דלא נימא דמיהדר קא הדר ונעשה שינוי רצון במקדש ממה שעשה מתחילה בפועל, וראיה ברורה לזה שהרי הלכה פסוקה היא דטייל ונפיק אזוזי לא קנה. ועיין ב"מ [דף ע"ז] ברש"י ד"ה הא דטייל וכו' וז"ל הא דקתני דאי לא זקפו עליו במלוה חוזר בדטייל מוכר ונפיק ומחזיר אחר הלוקח ליתן לו מעותיו גלי אדעתי' דזוזי אצטריכו למכור וכיון דלא יהיב ליה זוזי בשעת דוחקו אדעתא דהכי לא זבין ליה עכ"ל. וכ"א דילמא מיהדר קא הדר ביה כיון דליכא גילוי דעתא דזוזי אצטריכו רק מהסיא שעתא דטייל ונפיק אזוזי, ואפי' במטלטלין וכבר מונחים ועומדים ברשות לוקח אפ"ה לא קנה בבירור. מפני שע"י גילוי דעתא דהשתא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו, אע"ג דאנן פסקינן גם בשתק ולבסוף צווח דעדיף מזה שרק ספיקא הוא דהוי. א"ו דעיקר טעמא דאוקמינן אחזקה דמעיקרא שלא נשתנה רצונו מתחילתו ממה שעשה בפועל מתחילה. משא"כ בשתק ולבסוף צווח שגם מתחילה לא עלה רק במחשבה לפניו דהתם איירי בזיכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח. ומשה"ט לכ"ע אמרינן בזה הוכיח סע"ת כי היכי דנוקמי' בחזקתו שלא נשתנה דעתו ורצונו:

ועיין בבא מציעא [דף ע"ז] גבי זבנה אורתה וכו'. דלדעת הרמב"ם ור"ן ונימוקי יוסף בשם הראב"ד אפי' דזבנה או הורתה מיד אחר שלקחה מבטלים הראשונים ל"ק שלוקח הראשון [ואע"ג שהם חוזר בפירוש ל"מ להפקיעו מיד הלוקח] ול"א דמיהדר קא הדר. אלא וודאי דכי היכי דלא נימא שנשתנה רצונו אזי לכ"ע אמרינן הוכיח סופו על תחילתו שלא קנה מתחילתו מיד הנגזל כדי להעמידו ביד הלוקח הראשון. ודעת רש"י וסייעתו שחולקים שם, היינו טעמייהו כיון דסוף סוף צריכין לומר דמיהדר קא הדר ביה ממכירתו הראשונה שמכרו ללוקח הראשון ולא ניחא לי' ליקום בהימנותא שוב הדר דינא דל"א הוכיח סע"ת. וגם ניחא ביותר לתלות החזרה בדהשתא מלומר שחזר בו בתחילת קנייתו. איברא טעמייהו דרמב"ם וסייעתו שאין זה בסוג חזרה כיון שרק מצד אומדנא דליקום בהימנותא הוא דאתינן עלי' ואמרינן שקנאו מבטלים הראשונים בעדו:

ומהאי טעמא נראה דבנ"ד לכולי עלמא אמרינן שהוכיח סע"ת וכיון מיד רק לשחוק והיתול כי היכי דלא נימא דמיהדר קא הדר ביה, כנלענ"ד:

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוה' בנימין זצללה"ה.

סימן לה

בדין קידשה במעשר שני

ב"ה פה ירושלים עיה"ק ת"ו.

א בתוס' קידושין [נ"ג ע"ב] ד"ה איסי וכו' וז"ל וקשה דפריך בבכורות והרי מעשר כו' וקאמר ר"י דבמזיד קידש. ומאי פריך והא איהו לא אמר שיגמרו עד שיהי' המעשר בירושלים, ובירושלים לא הקפידה תורה בכסף צורה וכו'. לכן נ"ל כפי' הקונ' שני וכו' עכ"ל. ולא הבנתי קושייתם דנהי דמפשטא דמקשן נראה כפי' השני. איברא מתירוצא דש"ס שם משמע כפי' הראשון דמשני כדר"א דאמר אשה יודעת שאין מע"ש מתחלל על ידה ועולה ואוכלתו בירושלים. ה"נ אשה יודעת דפטר חמור איסורא אית ביה ופרקה ליה בשה ומיקדשא בהך דביני ביני. ומדקאמר ועולה ואוכלתו בירושלים. משמע להדיא דממון גבוה הוא טרם שמגיעתו לשם. דאם נימא כל"ב דממון הדיוט הוא וקידשה מעכשיו. והרי גם היא תוכל למוכרם לאחר בגבולין, והוא שיוליכם שמה כדאיתא להדיא בפ"ק דמע"ש משנה א'. ופירשו דזהו לר"מ דמ"ג הוא. [משו"ה אין מוכרין מע"ש], מיהו לל"ק דרש"י. נ"ל דהא דפירשו כן [דזהו לר"מ], דמסתמא מיירי אפי' בירושלים גופה. אבל בגבולין גם לרבנן מ"ג הוא. ואינו יכול למוכרם. ומש"ה הוצרך לומר דעולה ואוכלתו בירושלים. אבל לל"ב דממון הדיוט הוא וקידשה מעכשיו. הרי עיקר הקושי' מעיקרא אמאי מקודשת נימא דקידושי טעות הוה. דקסברה שמעשר מתחלל ע"י הקידושין ושוין כל דמיהם כחולין גמורים. ולקושטא אינו כן. שהרי לאחר ניכוי הטורח וההוצאה אינם שוים כל כך. והרי זה דומה לקידשה בערלה. וכתירוצא השני בקידושין [דף נ"ו ע"ב] בד"ה המקדש, דאע"ג דשוין פרוטה לשלא כדרך הנאתן, מ"מ הוי קידושי טעות. כיון דמשום איסור הנאה שבו לא זכתה רק בפחות. וע"ז די למתרץ לומר דאשה יודעת שאין מע"ש מתחלל ע"י. וסברה וקיבלה שתתקדש בשו"פ שבוה לדמי טו"ה דבו. כדאיתא שם [דף נ"ב ע"ב] בד"ה המקדש בחלקו בסוף הדבור בהגה"ה. רק היכא דממון גבוה הוא אינו יכול לקדשה ולזכות אפי' נגד טו"ה שבו. אבל במע"ש אם נימא כפי' השני דממון הדיוט הוא אע"ג דאסור בהנאה. מ"מ נתרצה להתקדש בדמי טו"ה שבו. שיתנו פרוטה להוליכם שמה. דגם לס"ד לא נאסר בהנאה רק הפירות עצמן. אבל לא גרם בעלמא. ואף אם תימצי לומר דגם זה אסור מ"מ לא גרע מקידשה בפירות שביעית. דמ"מ בדיעבד מקודשת וכמ"ש התוס' שם. ומן הדוחק לומר דעל הדמים קאי כשנפדו ע"י אחר. ולפום מאי שכתוב שם בתוס' ישנים בהגה"ה. דדווקא בממון של גבוה הוא דאינו יכול לקדש וגם אם קידשה בטו"ה שבו אינה מקודשת. איברא לפי' השני דממון הדיוט הוא. הגם דאסור בהנאה לס"ד, מ"מ מקודשת בדיעבד בדמי טו"ה

טו"ה שבו. ולא גרע מקידשה באיסורי הנאה ויש בהם שו"פ לשלא כדהנ"א. והיא ידעה דאיסורי הנאה הם. דמקודשת לדעת תוס' לשני פירושים דשם. וגם בסוגיא גופה בקידושין דבשוגג לא קידש משום טירחא דאורחא. יותר מדוקדק ללישנא קמא דרש"י, והשתא דאתינא נמי גם קושי' שמקשן בבכורות ניחא לפי' קמא דרש"י. דבגבולין גם לרבנן מג"ב הוא. ומקודם נתבונן לפי' שני דלאו מג"ב ולאו איה"נ נינהו. לר"מ דאית ליה בבכורות [דף פ' ע"ב] דפטר חמור מותר בהנאה. דלית ליה האי סברא כיון דהקפידה תורה עליה לפדותו בשה. שעי"ז יאסר בהנאה, וקידשה במע"ש בירושלים וקסברה דחולין גמורים הם. ושוים כל דמיהן שמותרת למוכרם לכל צרכיהם. ולהוליכם לאיזה מקום שירצה הלוקח. והשתא דמע"ש הם דלא ניתנו אלא לאכילה בירושלים. ואין יכול להוציאם כדתנן [בפ"ג דמע"ש מ"א] ועי"ז נפחתו הרבה משוין. דלפום ריהטא נראה דקידושי טעות הן. ודמי לפירושא דתוס' גבי ערלה בתירוצם השני. איברא לקושטא ליתא, שהרי מבואר בגמ' בקידושין [דף נ"ג ע"ב] בטעמא דר"י דבשוגג לא קידש. הוא משום טירחא דאורחא או משום אונסא דאורחא. אבל בירושלים גופה דליתי' להנך טעמי. אפי' בשוגג קידש, וכן מוכח להדיא בסוגיא דבכורות הנ"ל בקושי' הש"ס והרי מע"ש וכו'. דגם לס"ד דקסברה שמחלל מע"ש ע"י. לא קשי' ליה, אלא משום דאיה"נ נינהו. אבל בלאו הכי ניחא ואמאי הרי היא קסברה דחולין גמורים הם כיון שכבר נתחלל ע"י. והשתא הרי נפחת משויין הרבה. שאינם ראויים אלא לאכילה בירושלים דווקא. וטעמא דמילתא הוא עפ"י מש"כ בזית רענן [בח"ר דף קט"ז ע"ב אות ה'] בד"ה לכן לולא, יעו"ש היטב. דקידושי אשה שאני מן מקח וממכר וזכיות דעלמא לפי שאין אשה מתקדשת בשווי' לכן אין שהאיסור של תורה עושה לקידושי טעות. שהרי אפי' כשהטעה לגמרי וקידשה. והוא א' מחייבי לאוין ולא הכירה בו, או להיפוך. ג"כ מקודשת. לפי שע"י האיסור לא נפקע הקנין. וה"ה נמי בכסף קידושין. היכא שע"י איסור תורה הופחת משווי'. כיון דמ"מ זכתה בכולהו. שע"י האיסור לא נפקע זכיותה. והרי זכתה בכולהו, רק דאיסורא הוא דרמי עלה ליהנות בכולהו. ומשום איסור לחוד לא נעשה קידושי טעות. רק היכא שע"י איסור הנאה הופחת משווי' הוא דאינה מקודשת. והיינו טעמא דערלה בתירוצם השני, לפי דע"י איסור הנאה לא זכתה בכולהו. והרי זה דומה לנתן לה כסף צרור ואמר הרי את מקודשת במאה שבו ונמצא פחות דאינה מקודשת שלא זכתה בסך זה מעולם. ומשום האי טעמא כשקידשה במע"ש בירושלים. דמשום איסור לחוד הוא דהופחת משווי'. מקודשת לכ"ע. ורק משום איה"נ לפי דנפקע זכייתה מהם. הוא דקשי' לי' שם בבכורות. ועיי"ש היטב בזית רענן בח"ר הנ"ל. וכן היכא דהטעות נצמח ע"י שהוא ממון גבוה כגון שקידשה בבכור בזה"ז ורשאי למכור לכהן אחר בעודו תם לבשיומם. כדאיתא במס' תמורה [דף ז' ע"ב] והיא לא ידעה שהוא בכור דנפחת משווי' מפני שהוא מג"ב. ג"כ אינה מקודשת, דכיון שלא זכתה רק בכדי שווי'. וכן הוא להדי' בבכורות [דף פ' ע"ב] דקידשה בפטר חמור מקודשת היכא דידעה שהוא פ"ח. אבל בלא ידעה אינה מקודשת:

[וראיתי בס' אבני מילואים (בסי' כ"ח ס"ק נ"ו) שמביא קושי' שער המלך על קושי' הש"ס שם (דף י') דקידשה בפ"ח אמ"ק. ואמאי, תתקדש בהאי דביני וביני. והקשה דלמא מיירי בדלא ידעה שהוא פ"ח. וכמו שתירצו תוס' על איה"נ. דהקשו דתתקדש במאי דשווי' לשלא כדהנ"א. ותירצו דמיירי בדלא ידעה. ועפ"ז הירץ דדווקא בשלא כדרך הנאתן הוא דאמרינן דמסתמא לא נתרצית שלא ליהנות בהם כדהנ"א. אבל בדבר דתליא בשווי לבד. אמרינן דמסתמא אין האשה מקפדת על שווי הקידושין ובלבד שיהיה שו"פ. ומאריך שם ביסוד זה. ולפענ"ד לא נראה כלל, ובמחכ"ת נעלם ממנו לפי שעה סוגיא הנ"ל (דף פ') דאשה יודעת דפט"ח אסור בהנאה וכו'. וכן בקידשה בשיראין דפליגי אי צריך שומא (קידושין ז' ע"ב), ומה שהקשה שם דא"כ קידשה באיסורי אכילה נמי לא תתקדש בדלא ידעה. העיקר בזה כמ"ש בח"ר הנ"ל וכמ"ש לעיל, ובעיקר הקושי' של שעה"מ, עי' מ"ש לקמן באות ד']:

נמצא לפום יסוד זה הרי ממון גבוה ואיה"נ שוים. דכל היכא דנפחת משוויין ע"י אחת משתים אלו הוא דאינה מקודשת. אולם באחת יתפרדו ולא יתלכדו יחד. דניחזי אן אם קידשה במע"ש בגבולין דתתקדש לו בפירות אלו בירושלים [דשווין פרוטה להכן שם]. לך היא נילתה דעתה טרם שנתקדשה לו, דקסברה שכבר חיללם. רק שכן עלה ברצונו שלא תתקדש לו רק שמה. הרי דלפי דעתה דחולין הם. הרי דמי שוויין בכפלים. דרשאה למוכרם שם להוליאם למקום שירצה הלוקח. ועתה שנודע דלא חיללן. הרי דמי שוויין לא הגיע כל כך. שאינה רשאה רק לאוכלם שם או למוכרם לאכילה ולא להוליאם חוצה:

ועתה נתבונן בזה אם פחיתות שוויין דמי לאחת משתים שזכרנו. שהרי גם לפי' קמא דרש"י דמע"ש בגבולין מג"ב הוא, וזהו כל היכא דקיימי בגבולין. אבל מיד כשהגיעו לירושלים אזי לרבנן ממון הדיוט הוא. אלא דהתורה לא התירו אלא באכילה דוקא. ונמצא דעיקר פחיתות שוויין. הוא מחמת איסורא לבד ולא מחמת מג"ב. שכבר יצאו מקדושתן בבואם לפנים מהחומה, וכן נמי לר' יהודה דאית ליה במס' בכורות [דף פ' ע"ב] דמע"ש דמי לפ"ח דאסור בהנאה. לפי שהקפידה התורה על פדייתן, זהו בעודם בגבולין. אבל כשהגיעו שמה כבר יצאו מאיסורן. שהרי שמה לא הקפידה רחמנא על כסף צורה כקושי' תוס' שם בקידושין. רק דאיסור דבר אחר הוא דגורם. שלא הותר רק לאכול ולשתות. וכל שילא מכלל שתים הנ"ל לית דחש לן בפחיתות שוויין:

איברא עודנה יש לדון למאי שכתבו תוס' במס' ביצה [דף י"ג ע"א] בד"ה השותה בסה"ד, לחלק. דדווקא גבי אוכל נפש הוא דלא אמרינן גבי לכם ולא לגבוה, דאהדרי' לאיסורא קמא. שהרי בפירוש התירה לאוכל נפש וגם לגבוה בכלל. דמתוך שהותרה לצורך וכו'. ויש בהם צורך היום שלא יהיה שילחנך מלא וכו'. לכן גם השתא דמיעטה התורה דדווקא לכם ולא לגבוה. אינו רק לאו הבא מכלל עשה. אבל גבי פסולי המוקדשין דלא הותרה בפירוש בגיזה ועבודה. לכן היכא דמלאו סמך מקרא לאוסרו אמרינן דאהדרי' לאיסורא קמא ולוקין עלי'. א"כ גם בנ"ד נמי נימא כיון דלא הותרו שאר הנאות בפירוש. השתא דנאסרו מדכתיב ואכלת שם וגו' נימא דאהדרי' לאיסורא קמא. והוא לאחת משתים, או לממון גבוה לרש"י. או לאיסורי הנאה אליבא דר' יהודה. איברא כד דייקינן היטב בזה נתבונן בפלס מאזני לדק. דמלבד מג"ב לרש"י בלתי אפשרי כלל לדון ולומר דאהדרי' לקמייתא. שהרי כל עיקרו דמג"ב הוא גם לר"מ לא ילפינן במסקנא (דף נ"ג ע"ב) אלא מדכתיב הוא בהווייתו יהא. דמשמע שלא יצאו מקדושתן בשום ענין ושינוי. לכן ס"ל דגם כשאוכלן בירושלים לא יצאו מקדושתן ומשולחן גבוה קא זכי. ומעתה גם לדעת רש"י אליבא דר"י דמודה בגבולין, הוא ג"כ מהאי טעמא. דס"ל דהוא דכתיב להורות דבהווייתן יהיו קאי בעודן בגבולין. דאז ג"כ אין בהם שינוי ותמורה, דלכל דבר דינן בהם כממון גבוה. אבל כשהגיעו לפנים מן החומה. דהותרו באכילה והוא ממון הדיוט לענין אכילה [דלא ס"ל גבי מעשר משולחן גבוה קא זכי], הו א"א להתעקש ולומר, דלענין שאר הנאות אהדרי' לקמייתא דמג"ב הוא. כיון דס"ם לאו בהווייתן קיימי לכל דבר. לכן ס"ל דרחמנא תליא קדושתן רק במקום, והוא כל זמן דעודן בגבולין הוא דהוו מג"ב. אבל כשבאו לפנים מה"ח יצאו מקדושתן לגמרי, רק באכילה הוא דהותרו לגמרי. אבל גבי שאר הנאות אסורין מכלל לאו הבא מעשה. ונמצא דמטעם זה אע"ג דנפחתו משוויין לפום טעותא דינן הדבר כאיסור דבר אחר לחוד, דע"י פחיתות שוויין לא נעשין קידושי טעות, משא"כ אם נימא דעודן בגבולין נאסרו בהנאה. הגם דמשבאו לפנים מה"ח הותרו. אולם לענין שאר הנאות דאסרה רחמנא בפירוש. אמרינן דאהדרי' לאיסורא קמא. כמו כשעודן בגבולין. ונמצא דע"י איסור הנאה הוא דנפחת משוויין דלא זכתה בהם כלל. רק כפי שיווי לאוכלן במקומן. כמו בכל איסורי הנאה. ועי"ז הרי נעשין כדין קידושי טעות, וזהו שכתבתי לעיל דבדבר אחד יתפרדו:

ב **ועפ"ז** הולעות היסודות אשר נתבררו כשמש בצהרים, אתיא קושי' הש"ס בבכורות לדעת רש"י על נכון. דהרי נתברר מתירוצא דגמרא דאשה יודעת שאין מע"ש מתחלל ע"י. מכללו נשמע דלס"ד לא כן הוא. אלא דקסברה שכבר נתחלל ע"י. דאע"ג שקידשה מעיקרא שהקידושין יחולו בירושלים הוא מפני שכן רצונו ולא מפני החיוב שבו. ונמצא דהשתא שנודע לה שלא נתחלל אז בשעה שקידשה הרי נפחת משוויין. וגם דבירושלים לא נאסרו בהנאה, מ"מ כיון דבעודן בגבולין כבר נאסרו בהנאה. הרי גם השתא לכל הדברים שילאו מכלל אכילה, הרי הם עודנה אסורים בהנאה דהדרי לאיסורא קמא. וכיון שע"י איה"נ נפחתי משוויין הרי הם קידושי טעות. אכן משום ממון גבוה לא קשיא לי'. שכבר יצאו מכלל קדושתן לגמרי כשהגיעו

כשהגיעו לפנים מה"ח וכמש"ל. כיון דכל עיקרו נלמד רק מדכתיב הוא דבהווייתן יהיו. וזהו בעודן בגבולין הוא דהייך כן, דאז מג"ב הוא לכל דבר בלא שינוי. אבל משהגיעו לפנים מה"ח דאז ילאו מקדושתן, דהרי לאכילה ממון הדיוט הוא שהרי יולא במלה ובאתרוג של מע"ש לרבנן. גם למ"ד דבעינן דין ממון. וכן מלינן באיס"נ דתליא בשינוי מקום. כגון בעגלה ערופה [כריתות דף כ"ד סוף ע"ב] דירידתה לנחל איתן הוסרתה. וכן נמי גבי קדושת הגוף גבי שעיר המשתלח [יומא ס"ז ע"ב] דאיברים מותרין בהנאה. וכן בליפורי מלורע דלאחר שלחה הותרה. ואין להקשות דא"כ דמג"ב ואיס"נ שווים בזה. דבתרווייהו איפשר לומר דתלי' במקום. א"כ מאי שנא דקשי' למקשן בבכורות מחמת איס"נ. גם בל"ז קשי' מחמת מג"ב לדעת רש"י, ז"א דגבי איס"נ שאני מפני דאהדרי' לאיסורא קמא. משא"כ גבי מג"ב, כיון דעיקר לימודא הוא מדכתיב קודם הוא דבהווייתן יהיו, וכיון דה"ה לא יקיימו בהווייתן. הרי ילאו לגמרי מרשות גבוה. משבאו לפנים מה"ח. ולפי"ז דברי רש"י שרירין וקיימין [ועיין לעיל סימן י"ד בעניניס אלו]:

ג **איברא** ליישב דעת תוס' ופי' שני דרש"י דגם בגבולין ממון הדיוט הוא. וקשיא עלייהו מתירולא דגמרא שם דנקט אשה יודעת וכו' ועולה ואוכלתו בירושלים. כיון דגם בגבולין ממונו הוא לקדש בהם. והוא שפת יתר לגמרי. ונראה דנקט זה לרבותא, דאפי' כשתא בשעה שקידשה לא נזדמן מי שיקנה כדי להוליכם לירושלים. אפי' לאחר ניכוי הולאה וטורח. דאין להקדש אלא מקומו ושעתו. אמרינן דמסתמא אית לה אורחא להתם. ולדידה שוה פרוטה לאחר ניכוי הולאה וטורח. שהרי גם לכ"ע באית להו אורחא. כגון בשעת עליית הרגל שוין פרוטה גם במקומן לאחר ניכוי הולאה וטורח:

ובזה יתיישב לן קושיית הבית שמואל [בסי' ל"א ס"ק ו'] שהקשה לדעת החלקת מחוקק דגם בידעינן שהוה פרוטה במדי. וידוע גם לעדים כן ואית לה אורחא להם. מספקא ליה לפי דאין להקדש אלא מקומו ושעתו. וקשה ליה ממע"ש דבמזיד קידש, ומשמע דמקודשת מדאורייתא. ובפשטא דבריו תמוהים, דמנא ליה דקידשה במע"ש שו"פ כמו פירות חולין דכותיה. דילמא דמוסיף לה עד ששוין לכולי עלמא בשו"פ כדי להוליכם שמה. וכן כתב הריטב"א להדיא בקידושין, אלא משום דקשי' ליה דא"כ למה נקט בגמרא כלל דעולה ואוכלתו. אלא וודאי משום דמיירי בלא נתן לה פירות רק בכדי שו"פ בפירות חולין דכותיה, ואפ"ה מקודשת משום דמסתמא אית לה אורחא להתם. איברא למאי שכתבנו ניחא גם לדעת החמ"ח, דהתם מיירי בהוסיף לה עד דשוין פרוטה לאחר ניכוי הולאה וטורח, רק דמי פתי יסור הנה בעד זה לבד. רק לדידה מדקיבלה אמרינן דמסתמא אית לה אורחא בלא זה. והרי הן שוין פרוטה לכ"ע באופן זה. אבל בפחות משו"פ כגון שקידשה רק בשו"פ בחולין דכותיה, עודנו לא נשמע משם:

גם בעיקר קושיית תוס' שכתבנו שדבריהם תמוהים, נלפע"ד לתרץ דבריהם קלת, דלא ס"ל עיקר יסוד זה דאהדריה לאיסורא קמא רק גבי פסולי המוקדשין לענין איסור גיזה וחלב מייתורא דקרא, דבא לשלול דהיתרא דידיה הוא רק אכילה ע"י זביחה, כמ"ש רש"י בפירושו [דברים י"ב פסוק ט"ו] על פסוק זה, משא"כ גבי מע"ש דאילטריך קרא דואכלת לגופיה למלות עשה. ועיין תוס' ע"ז [דף ס"ז] בד"ה א"ר יוחנן בסוף הדבור שיטת הר"ר יוסף שם. דבטעם כעיקר ליכא רק איסור עשה. וכן הוא בתוס' חולין [דף נ"ח] בסוף ד"ה רבא, וז"ל ומיהו לא דמי כל כך דהתם משמע וודאי דאהדריה וכו' עיי"ש. ועל קוטב זה יסוב קושיית תוס'. אמנם פירוש רש"י לשיטתו אתי שפיר. עיי"ש חולין [דף נ"ח ע"ב] בד"ה לטעם כעיקר. שהוכיח מדר' יוחנן דס"ל דטעם כעיקר לאו דאורייתא. מדאין לוקין בטעמו ולא ממשו. דאי הוי מדאורייתא היו לוקין עליו. הרי דס"ל דאהדריה לאיסורא קמא גם היכא דליכא ייתורא דקרא:

ד **קושי'** שער המלך [ריש פ"ה מה' אישות] הנ"ל, שהקשה לתירוץ השני גבי ערלה דמיירי אפי' שיש שו"פ בשלא כדהנ"א, ואפ"ה אינה מקודשת, דקסברה שמותרים לגמרי, ושוין יותר מפרוטה והוי קידושי טעות. דא"כ מה קשיא ליה לש"ס בבכורות [דף י'] על פטר חמור דקתני במתני' דאינה מקודשת. ואמאי, תתקדש בהאי דביני וביני, כיון דמתניתין מיירי בדלא ידעה, דומיא דערלה ואינך.

ונראה דגם לתירוץ השני בע"כ צ"ל דלא עלתה על דעתם הרחבה לומר דמיירי דווקא בדלא ידעה שהם איסורי הנאה. דמדלא מפלגינן גבי ערלה ואינך, כמו דמחלק ברישא גבי מעשר שני בין שוגג למזיד. דבשוגג אינה מקודשת מלד טעותא באונסא דאורחא משא"כ במזיד. אלא בע"כ צ"ל כיון דלא פסיקא למילתא, דזימנין דגם במזיד אינה מקודשת כגון שאין בשווין כ"כ שיעלו לשוה פרוטה לשלא כדהנ"א. ובתירוץ השני לא באו אלא למלאות תירוץ הראשון. מדלא חילק בין שנתן לה בכפלים יותר משו"פ עד שיגיע לשו"פ לשלא כדהנ"א. וע"ז חידשו בתירוץ הב', כיון דגם בזה לא פסיקא. דזימנין דגם בזה אינה מקודשת:

ולפי"ז דתירוץ השני לא קאי אלא ליישב תירוץ הראשון שם. יש ליישב קושי' הנ"ל [באות ג'] על הב"ש, דכיון דגבי איס"נ לא חילק בין שוגג למזיד משום דלא פסיקא ליה, דזימנין דגם במזיד לא קידש היכא שלא נתן לה רק בשו"פ. דאז לא שויא פרוטה לשלא כדה"נ. וא"כ ברישא גבי מע"ש דחילק בין שוגג למזיד. שמע מינה דאפי' בשו"פ מלומלם, ג"כ מקודשת אפי' שלא הוסיף לה מאומה. ויש ליישב בדוחק דברי החלקת מחוקק דסבירא ליה דר"י על ר"מ קאי, מדלא חילק ר"מ, וקאמר בסתמא דאינה מקודשת משום דמג"ב הוא, ואפי' כשהוסיף לה ג"כ אמ"ק מטעם זה. ובאופן זה הוא דקאמר ר"י דבמזיד קידש:

ועוד נראה לתרץ קושיית שעה"מ. דאי איפשר לומר דפטר חמור מיירי דווקא בדלא ידעה. ומחמת שהטעה בשווין הוא דאמ"ק, דא"כ מאי איריא פט"ח, הלא בכל בכור נמי אמ"ק בדלא ידעה. עיין תמורה [דף ז']. ותיתי בין לרבא בין לרבה שם. שהרי בע"כ הא דקתני בפרק א' דמע"ש דבכור מוכרין אותו תמים חי ומקדשין בו. בע"כ מיירי בדידעה שהוא בכור, דבדלא ידעה אינה מקודשת ואינו מכור, דלרבה נפחת משויו, שלריך להמתין בזה"ז עד שיומם. ולרבא דגם בזמן הבית מיירי, ג"כ נפחתו משוויין מדמי אימורין. אלא דהתם מיירי בדידעה. והשתא להשתימלי לומר דהכא מיירי בדלא ידעה, א"כ ליתני בכור סתמא:

סימן לו

בדיני קידושין

בנידון הקידושין אשר שאל אם בעינן שעדי קידושין יראו את הטבעת קידושין בידה, גם אחר שסילק המקדש את ידו ממנה, אשיבהו בקילור נמרץ:

א **נראה** היכא שנותן לידה וכל זמן שהמקדש אחז גם בידו, עודנו לא נגמרו הקידושין ויכולין לחזור בהם. דכל כמה דיכול לנתק ולהביאו אללו לא ילא מרשותו, כמו בגט היכא דמשיחה בידו [גיטין דף ע"ח ע"ב, ב"מ דף ז' ע"א]. הרי הגם דיכול לנתק אינו מועיל לקנותו בזה כדאיתא בריש ב"מ [דף ט'], מ"מ מועיל לבטל קנינו דאידך שתשאר עודנו ברשות בעלים הראשונים:

איברא מדברי תוס' כתובות [דף ל' ע"ב] בד"ה והי דלא מלי למיהדר. נראה להיפוך וז"ל וכיון שאינו זוכה מטעם זה, ה"ה דאינו מגרע זכיית האחר שהוא מונח בתוך ידו, עכ"ל. ויש לחלק דהתם שאני שהוא רק להתחייב באונסין. אבל לקנות קנין גמור לא מהני היכא דאידך יכול לנתק, וכמו שכתבו התוס' גבי משיכה בה"ר [שם דף ל"א ע"ב]:

אבן לכאורה אם נאמר דבמקח קני היכא דיכול לנתק [כיון דדעת אחרת מקנה] כמו גבי סודר [וכמו שאבאר]. אזי איפשר לומר דגם בגזלן [דליכא דעת אחרת מקנה, מ"מ כיון] דקליטא קנינו רק לחיוב אונסין יקנה ג"כ היכא דיכול לנתק. וכיון שקונה אזי נימא ג"כ דפשיטא היכא דיכול אידך לנתק דלא קני. שהרי לדעת תוס' שווים הם. אלא וודאי דתוס' סברי דגם בדעת אחרת מקנה לא קני היכא דיכול לנתק. ומש"ה לא מהני גם לענין חיוב אונסין. ומזה ראיה לדעת הש"ך [סי' קנ"ה ס"ק ו'] בתירוץ א':

אמנם כתבתי שם זה שנים כבירים בגליון על הש"ך דמדברי רש"י נראה להיפך, עיין ב"מ [דף ט' ע"א] בד"ה אלא תפוס במוסרה

במוסרה. מוכרח מדבריו דבדעת אחרת מקנה, קונה גם לקנין גמור היכא דיכול לנתק. [וצ"ל לדעת רש"י דעיקר חילוקו של הש"ס ב"מ, משום דבגט בעינן ספר כריתות] :

נמצא לפי זה לא מיבעיא לדעת רש"י והוא כתירוץ ב' של הש"ך. פשיטא דהיכא דיכול לנתק מבטל קנינו דאידך, כיון דקונה ע"י זה. ואפי' לדעת התוס' אפ"ל דע"כ לא כתבו שהביטול והזכייה שוין. רק לקנין קליפתא ולגבי הלד שאינו יכול לבטל קנינו, אבל לא קנין אלים. דאזי אפשר דיותר יכול לבטל מלקנות, ועיין היטב. [איברא זהו מסברא החיצונה. וכאשר נבאר להלן מוכח להדיא מדעת רמב"ם ורמב"ן דס"ל שהביטול והקנין שוים] :

ולפ"ז הא דמחלק הש"ס ב"מ [דף ז'] בין גט לשודר משום דבעינן ספר כריתות, ומשמע דווקא גבי גט הוא דמבטל, אבל בשאר קניינים לא. בשלמא לדעת התוס' הנ"ל ותירוצו הא' של הש"ך ניחא משום דבכ"מ הגם דאיכא דעת אחרת מקנה מ"מ לא קני, וממילא דאינו יכול לבטל. אבל לדעת רש"י ותירוץ הב' של הש"ך דבכל מקום קני, וממילא נשמע דמבטל, דשניהם שוין ולא הוי ליה למימר אלא משום דנתינה כתיב :

ויש ליישב דמ"מ צריכין בהכרח לחדש דשאני גט. דאי לא תימא הכי עדיין קשיא לרב חסדא בב"מ [דף ז'] דיותר הוי ליה לאשמועינן היכא דאשה יכולה לנתק הגם דאין כל הגט בידה מ"מ מגורשת. וממילא נדע דהיכא שהבעל יכול לנתק דמבטל קנינה. אלא ודאי דבגט שאני דאפי' היכא שהיא יכולה לנתק או להיפוך. בשניהם אינו מועיל משום דבעינן ספר כריתות. משא"כ בכל קניינים דעלמא דכשם דמבטל מהני נמי לקנותה בכך :

[**ובזה** ודעת לנבון נקל לבל יפול היסוד שיסדנו עד כה מתוס' כתובות דביטול וזכייה שוין. ונימא דע"כ לא כתבו אלא היכא דהביטול בא ע"י אחרים מבלעדי הבעלים בעצמן כמו התם. אבל היכא שהבטול מן הבעלים עצמן והם כשבידו הדבר ברשותן, אזי לכ"ע דבכל מקום דקונין קנין גמור יכולין לבטל קנינו דאידך ע"י שיכול לנתק אע"ג דלא מהני לקנות בכך. דא"כ הדרא קושיא לדוכתה בין לדעת רש"י ובין לדעת התוס' שהם ב' תירוצים של הש"ך הנ"ל. דל"ל לשנויי כלל משום דבגט בעינן ספר כריתות. ולא הוה ליה למימר רק קנה השני והוא דדווקא בקנין שודר דבעינן רק נתינה בעלמא לקנות, ע"מ להקנות הוא דאינו מבטל. אלא ודאי דאין נחלק בין בעלים לאחרים בביטול זה. ועיין היטב :

ואודיעהו כי בני הרב נ"י כשראה הדברים האלו כתובין אמר שלדברים האלו נסתרו דברי קצוה"ח [בסי' ר"ב] שמיישב דעת רש"י ריש פרק הזורק. דלהכי בעינן גבי גט שיהיה בתוכו חצר דווקא משום דיכול לנתק. דלדברינו הנ"ל מוכח לדעת רש"י דבכל מידי דאיכא דעת אחרת מקנה קני. כדאיתא ברש"י ב"מ [דף ט']. וכיון דקני ממילא דיכול לבטל. וא"כ היכי משכחת לה באגב דלא בעי ליבורין כיון דיכול לנתק. דבדליכא דעת אח"מ בעינן ליבורין. וכמ"ש הקצוה"ח בעצמו [בסי' ער"ה ס"ק א']. והשבתי לבני נ"י דבלא"ה לא נראין כלל דברי קצוה"ח אלו. דע"כ לא אמרינן דיכול לנתק מבטל קנינו דאידך. אלא בקנין יד לחוד דאזי אמרינן דהוי כאילו לא מטיא לידיה דאידך. אבל בשאר קניינים כמו אגב וקנין שודר ושטר במידי דמחובר לקרקע. כיון דקניא ע"י קנינו בכל מקום שהוא תו לא מפסיד לן כלל אף דקאי ברשותו. תדע שהרי לדעת רש"י מהני גם קנין שודר בגט ושיחרור אף דיכול לנתק. וזה נכון וברור :

ב **ולברר** הדברים בפרטות היטב נראה בעליל, דשלשה הדרגות איתא בענין זה. דגבי קנין שודר לא מפסיד קנינו במה שהמקנה יכול לנתק לכ"ע. כדאיתא להדיא בגמרא הם. אבל אם קונה בפחות מג' על ג' מפני שיכול לנתק. לדעת רוב הפוסקים דהיינו הרמב"ם והרמב"ן. [ורש"י הנ"ל דס"ל דבכ"מ דאיתא דעת אחרת מקנה דקני היכא דיכול לנתק ממילא נשמע דמכ"ש בקני ע"מ להקנות דקליפא קנינא דידיה דקני היכא דיכול לנתק]. וממילא דבגט אשה איכא תרתי לריעותא דלא קנתה מפני דיכולה לנתק. ונתבטל קנינה מפני שהבעל יכול לנתק. וגבי קנין שודר דקליפא קנינא דידיה איתא תרתי למעליותא דלא נתבטל משום דחבירו יכול לנתק. אבל מיקני קני היכא דהוא יכול לנתק. אבל לגבי קנין גמור היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ליתא רק חדא למעליותא לכ"ע. רק לדעת רש"י שכתבנו לעיל מיקני קניא ליה היכא דיכול לנתק. אבל כשם דקני ע"י כמו כן נתבטל קנינו היכא דאידך יכול לנתק כמ"ש תוס' כתובות הנ"ל לסברא פשוטה דשניהם שוין בביטול ובקיום. וזה כתירוץ הב' של הש"ך הנ"ל. איברא לתירוץ הראשון של הש"ך והוא כדעת תוס' הנ"ל לא קני ולא מבטל. הרי דלדעת כל הפוסקים ליכא רק חדא למעליותא בכל קניינים. משא"כ בקנין שודר דקליפא קנינו דלא בעי רק נתינה בעלמא מהני לדעת רוב הפוסקים בתרתי למעליותא דקני ולא בטל. איברא לדעת הרשב"א ליכא גם בקנין שודר רק חדא למעליותא דלא בטל ולא קנה :

ג **ובששים** המעיין עיונו הדק היטב בדברי המגיד משנה [פרק ה' מהלכות מכירה הלכה ז'] שמביא בשם הרמב"ן ראיה לדברי קדבו דגבי קנין שודר איכא תרתי למעליותא מדברי רב חסדא. ואין מקום לבאר ד"ק. [וכן הובא ראיה זו בחדושי הר"ן ובנימוקי יוסף ב"מ והניחו בתימה]. ולדברינו בעזה"י נבין היטב והוא דמדברי רב חסדא נשמע דגבי גט איכא תרתי לריעותא מדלא אשמעינן איפכא וממילא נדע דמבטל אלא וודאי דלא קני ומבטל. אזי ממילא נשמע מתירוצא דגמרא הם דשני קלוות דגבי גט משום דבעינן ספר כריתות. אבל הכא נתינה כתיב והאיכא. והרתי ל"ל וחלוקא דספר כריתות לחודה יספיק לזה אם נימא דגבי קנין שודר ג"כ ליכא רק חדא למעליותא, כמו בכל קניינים דעלמא. אלא וודאי משום דגבי קנין שודר איכא תרתי למעליותא. ומש"ה הוא דמצרכינן ג"כ לעלמא לעלויא דנתינה כתיבא. דהרי כיון שהנושאים מובדלים זה מזה בשתי הדרגות מהיפוך להיפוך. ובתרווייהו לא אזלינן בדרך הממוצע שהרי משורת הדין הביטול והקיום שוין. ואפ"ה אמרינן בגט בשניהם לריעותא ובקנין שודר בשניהם למעליותא. ולהכי מצרכינן לתת טעם לשניהם יחד דגבי גט משום ספר כריתות וגבי קנין שודר משום נתינה, ועיין היטב :

ולפ"ז ממילא נשמע גבי קידושין היכא דמספקא לן אם המקדש יכול לנתק או להיפוך, דהוי כמו ספק קרוב לה. ועוד עדיפא מזה משום דהוי כעין ספק ספיקא חדא דילמא יכול הוא לנתק. ואת"ל שהיא יכולה לנתק דילמא ל"מ אפי' היכא דאיכא דעת אחרת מקנה, וכהכרעת הש"ך :

ד **איברא** דעת הרשב"א שחולק על הרמב"ם, וס"ל שגם בקנין שודר לא קנה כשאחז בפחות מג' על ג' מפני שיכול לנתק. בע"כ ס"ל שהביטול לא תלי' בקנין, שהרי בקנין שודר לא קנה ולא בטל ואת"ל שגם בכל קניינים דעלמא נמי לא קנה ולא בטל. אמאי צ"ל משום דנתינה בעינן. אלא וודאי דבשאר קניינים לא קנה ואפ"ה מבטל דאין לומר דבעלמא קנה ובטל. שהרי אם בקנין שודר לא קנה מכל שכן בעלמא. אלא אע"ג דלא קנה אפי' היכא דאיכא דעת אחרת מקנה. מ"מ יכול לבטל מפני שמעמיד הדבר ברשותו. וממילא נשמע דבקנין שודר שאינו יכול לבטל מפני שיכול לנתק. וכיון דניתוק לאו מילתא היא אפי' לבטל ע"י קנינו דאידך מכל שכן דלאו מילתא הוא שיקנה על ידו :

ולישב קושי' הנ"ל דא"כ לא הוה ליה לשנויי משום דספר כריתות בעינן שהרי בכל קניינים דעלמא נמי דינא הכי שאינו מועיל לקנות. ואפ"ה מבטל ולא הוה ליה למימר אלא הכא נתינה בעינן. והוא משום דקליפא קנינא דידי'. מש"ה הוא דלא בטיל מפני שיכול לנתק. ונראה דהיינו טעמא משום דאי לאו הכי הרי יותר מסתבר להכשיר בגט מקנין שודר. שהרי בקנין שודר קונה מיהת לשעתו להקנות ע"י אע"ג דפסקינן דלא מלי מפסיק ליה [ועיין נדרים דף מ"ח דפליגי בזה] מ"מ השודר קנוי בידו לשעתו ואפ"ה מיקרי נתינה. א"כ מכל שכן גבי גט שהאשה אינה צריכה לקנות את הגט כלל כמו שמבואר הדבר בעירובין [דף נ"ב ע"ב] עיין פירש"י שם בד"ה אינה מתגרשת וכו' וז"ל דגט אינו קנוי לאשה. א"כ מכל שכן דמיקרי נתינה. דבשלמא בקניינים דעלמא דבעינן שמקנה השטר או החפץ, וכל שיכול לנתק לא יצא מרשות בעלים. ומשום האי טעמא צ"ל דטעמא דמילתא גבי גט משום דספר כריתות בעינן :

יום ו' עש"ק תרי"ד לפ"ק קוטנא יע"א.

דברי ידי"נ דוש"ת הק' משה יהודה ליב בן הרבני מו"ה בנימן זללה"ה

סימן לז

בדיני גיטין

בדבר שאלתו, הנה בעיקר הדין בענין לשלוח גט פטורים ע"י בי דואר. ומעכ"ת טרח והפש בזה בש"ע לברר הדברים היטב. ומוצא דבריו הם בהשכל ודעת ולאשר לדעתי יצריכו בדיו ולמען ירוץ הקורא בו. ולבל אצטרך לשנות הדברים פעמים אחלקם לסעיפים לאותיותיו ומדברי אלה יתבארו דברי הרמ"א [בסי' קמ"א סעיף ל"ה] וז"ל ומיהו יש חולקין וסבירי להו דאין לשוות שליח להולכה ע"י כתב גם לא ראיתי נוהגין כך עכ"ל. ונלאו רבותינו האחרונים לחתור מקורו מאין נובע, [ומה שציין הבאר הגולה שם בשם ר"ח גאון מובא ברשב"א ור"ן. תמוה מאד דהתם הטעם משום דהוי ע"י כותי. אבל לא משום דהוי בכתב] וגם יתבאר היטב איזה שינוי בעיקר תקנתא המוכרחים בעיקר השליחות:

והנה לזה מוכרחים לשום עיון היטב בדברי ר"ן גיטין סוף פרק התקבל בסוגיא דאומר אמרו ואגב גררא נפרש כל דברי קדשו שם בדברים הצריכים ביאור הדק היטב בקיצור נמרץ, שיספיקו לחכם כמותו ברמיזה בעלמא:

א הן הרמב"ן יצא בראשונה לברר הדברים דהיכא שהבעל מצוה את הסופר והעדים בפרטות. אזי נקטינן מילתא לתועלת השליחות באיזה אופן שיהי' לתכלית הדבר באופן היותר מועיל, מפני שיש לדון בזה ולומר שדעתו דבעל היה שהשליח הראשון יעשה שליחות בכתיבה וחתימה. או שדעתו היה שהוא בעצמו עשאום שליח רק שהראשון ששמע ממנו יודיעם עיז הענין. והשליח הראשון הוא רק לגלויי מילתא בעלמא להודיעם שהבעל עשאום שלוחים. ולהכי בענין כתיבת הגט וההתימה נתבטל השליחות ממנ"פ, אם נימא כפן הראשון דאזי משום לשמה לא מיפסל דהוי כאילו שמעו מפי הבעל דשלוחו של אדם כמותו. אבל מיפסל דמילי לא מימסרן לשליח, ואם נימא כפן השני שוב נתבטל משום תורת לשמה כיון שלא שמעו מפי הבעל. ואין לך צד היתר לומר לאחרים שיכתבו ויחתמו אלא השומעים מפיו דווקא. ומוכח זה מתוך הסוגיא דאי לא תימא הכי עודנו נפיק מיניה חורבה בהתם סופר ועד. אלא וודאי דאפי' כשהבעל אמר בפירוש שהוא עשאום לשלוחים והראשון יודיעם. אפ"ה בטל בכתיבה משום לשמה:

נמצא לדעתו מחמיר בחדא ומיקל בחדא. והוא דגבי כתיבה וחתימה בגט, פסול, אפי' שאמר בפירוש בלישנא מעליא שהוא ממנה אותם לשלוחים והשומעים יודיעום אפ"ה פסול משום לשמה. ובשאר דברים אפי' בלישנא מליעא מהני. ומזה נשמע בשליח קבלה באמרה אמרו לפלוני בפירוש. דגם שהוא לישנא מליעא ויש לדון בהם שני אופנים הנ"ל. אפ"ה נקטינן שדעתה היתה באופן היותר מועיל לתועלת המבוקש מפני שאין אדם מוציא דבריו לבטלה, ואמרינן שדעתה היתה שהיא עצמה תמנה את השני. והראשון רק להודיע ענין השליחות, וכן במתנה באומר אמרו אפי' בכתיבה וחתימה כשר מטעם זה:

ב הן הרא"ה תלמידו חולק עליו בתרתי, והוא דגם בכתיבה וחתימה בגט, כשר, היכא שאמר בפירוש בלישנא מעליא שהוא ממנה אותם לשלוחים. ולא מחלק כלל בין שליחות דכתיבת גיטין לשאר שליחות. ובלישנא מליעא לא מהני אפי' בעלמא כגון בשליח לקבלה ובשטר מתנה. וכן בשליח להולכה היכא דאמר אמרו לפלוני אפי' כשפרט את שמו בפירוש שהוא יוליך את הגט לאשה. והגט נשאר אצלו ברשותו והבעל הלך לדרכו ולא מסר הגט לשליח הראשון והלך הראשון ואמר לשני שהבעל עשאו שליח להולכה ולקח הגט מרשות הבעל אזי ל"מ מידי משום מילי לא מימסרן לשליח [ועיין מ"ש לקמן באות ז' בזה], משום דלעולם נקטינן להומרא בסתמא. שהיית בתורת שליחות אצל הראשון ולא לגלויי מילתא בעלמא. [וכדמות ראי' לזה מתרומה שהרי האומר לשלוחו צא ותרום אפי' כשקבע לו מקום בצפונו או בדרומו אפ"ה ל"מ אלא מטעם שליחות ולא אמרינן שהוא בעצמו ההורה בדיבורו או במחשבתו והשליח מעשה קוף בעלמא דקעביד ועיין]:

ומהאי טעמא נמי אמרינן באומר אמרו אפי' כשפרט בשמו דפסול בכל גווני בין בכתיבה וחתימה ובין בשליח לקבלה [והולכה בגוונא דלעיל דלא מסר את הגט לראשון], לא מהני משום דמסתמא נקטינן מילתא שהוא עשאו לראשון לשליח בזה. ולדעתם משמע בסתמא והמה יעשו מדעתם את השני לשליח וניתן גם לראשון תורת שליחות בזה:

ויש להוכיח זה מקושייתו שהקשה על הרמב"ן דא"כ מנ"ל לגמרא דר' יוסי סובר מילי לא מימסרן לשליח דלמא כולה מילתא משום לשמה הוא. אבל אם נימא דר' יוסי איירי בלישנא מליעא כמו שפירש"י שם שפרט את הסופר בשמו ואזי תו לא נוכל לומר משום לשמה, דהא תינח אם נימא דכוונת הבעל היה שהראשונים ישמעו איך שהוא ממנה אותם לשלוחים והמה יודיעום ונמצא שלא שמעו מפי הבעל, ומש"ה שפיר פסול משום לשמה, אבל אם נימא דלעולם נקטינן דדעתו היה לאופן המועיל [וכדעת הרמב"ן ז"ל לעיל באות א'] תו לא קשיא מידי דשפיר מוכח דס"ל מילי לא מימסרן לשליח דאי לא תימא הכי אמאי פסול באומר אמרו נימא להיפוך דדעתו היה שהראשון ימנה את השני מדעתו והוי כאלו שמעו מפי הבעל דשלוחו ש"א כמותו כקושיית הר"ן עליו שם:

ג איברא עודנה יש להתבונן בזה, דאכתי מאי ק"ל להרא"ה דהרי כיון דפוסל ר' יוסי באומר אמרו אפי' בסתם כשלא פרט את הסופר בשמו, ובזה לכ"ע משמע לדעתכם הרי בע"כ משום מילי הוא דפסיל לי'. אלא דבע"כ צ"ל דבעיקר סברא זו פליגי, דהרמב"ן סובר דכל היכא שיש לו תורת שליחות הרי גוף השליח כגוף המשלח לכל הלכותיהן, והרא"ה ס"ל דעיקר תורת שליחות הוא רק לענין עשיית השליח. ואמרינן דמעשה השליח כאילו עשאו המשלח, אבל מ"מ לא ניתן לזה את גוף השליח כמשלח. והוא מחלוקת עתיקא בהחבא בין רבותינו הראשונים בכמה מקומות:

עיין קידושין [דף ז' ע"א] הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני, וז"ל רש"י ז"ל והוא שלוחו אלא שמקדשו משלו. ועיין בריטב"א שם שהקשה דא"כ תו לא צריך לדין עבד כנעני. ודעת רש"י בזה דתורת שליחות לא ניתן אלא לענין המעשה בלבד. ומש"ה צריך לדין ע"כ. והחולקים סברי דגוף השליח הרי הוא כמשלח והרי הוא נתן משלו ותו לא צריך לדין ע"כ. [רק דאיירי שאין הנותן שלוחו של המקדש]. ועיין בטור אה"ע [סי' קכ"א] ובש"ע שם [סעיף ב'] דפליגי הרמב"ם והטור היכא דאמר כתבו כשהיה שפוי ואח"כ בשעת כתיבה נשתטה לגמרי כשר מדאורייתא. עיי"ש בח"מ [ס"ק ב'] ובב"ש [ס"ק ג']. ולדעת הטור בטל לגמרי. הרי לדעת הרמב"ם גוף השליח כמשלח עצמו. ולדעת הטור הוא רק לענין המעשה עצמו. ועיין בשיטה מקובצת ב"ק [דף ע'] שמביא בשם הרז"ה דלמסקנא שם אמרינן דרב אשי חולק על נהרדעי וס"ל דשליח שוייה והלכתא כוותיה דאפי' היכא דלא כתב ליה זיל דון ואפיק לנפשך נמי מהני ולא מצי אמר ליה לאו בע"ד דידי את. ובדיבור שאח"ז בד"ה כל מפרש טעמא דנהרדעי דמצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את. וז"ל תימא בכמה דוכתי אמרינן שלוחו של אדם כמותו לענין ממון וכו'. וי"ל דנהי דהוי שלוחו לענין שיפטר הנפקד אם מסרו ליד השליח כאילו מסרו ליד הבעלים. מ"מ יכול הנפקד לסרב שלא למסור הפקדון לשליח משום דא"ל לאו בעל דברים דידי את, עכ"ל. הרי לדעת רז"ה דרב אשי פליג על נהרדעי והלכתא כוותיה משום דגופו של השליח הוא כמשלח עצמו. ולדעת כמה פוסקים החולקים על רז"ה בזה וסברי דרב אשי לא פליג על נהרדעי דסברי דתורת שליחות לא ניתן אלא לכל עניני עשיית השליחות אבל במידי דממילא לא, ועיין באשר"י ב"ק [דף ק"ב] בסוגיא דמי הודיעו למסקנא הוכיחו שם בש"ס מדתנן ולא מצבע שצבעו לשמן ול"א מי הודיעו אלא משום דשלוחו ש"א כמותו. ולא משום דידו כיד בעה"ב. כיון שכבר נעשה אצל הצבע בשביל הבעל. ודברי הרא"ש מרפסין איגרי למעיין שם. כאשר כבר עמד בזה בקצוה"ח [סי' קפ"ג ס"ק ד']. איברא כוונתו כך הוא דדווקא במידי דצריך לקנותו מן המוכר כגון במנעלים שלקחן לשמן. כיון שקנאם בקנין מן המוכר, אזי שפיר שייך לומר דידו כיד בעה"ב. ולהכי אע"ג שהמוכר כיון להקנותם להקונה מ"מ הקונה בעצמו כיון לקנותם בקנין זה.

זה עצמו לצורך הבעלים. אבל בלבע כיון דאין אומן קונה בשבח כלי. ואמרינן דתיכף עשאן בשביל מי שנתן לו. ומיד בשעת עשיית השבח נקנו ממילא לבעלים. והרי כיון שהאומן לא ידע מדעת הבעלים הוא לצורך. ובשביל אשתו ובניו הרי קנויים הם ממילא ביד הבעל. ושוב אי אפשר שיקנהו בשבילם שאין אדם זוכה בשלו לאחרים. אלא א"כ זיכה לו ע"י אחרים. אלא וודאי שהוא משום שליחות ושליח של אדם כמותו. הרי הבעל עצמו נעשה כאשתו וכיון שעשאן בשבילו הרי הוא כאילו עשאן בשבילם משום דגוף השליח נעשה כמשלח עצמו. [ולדינא מסיק הרא"ש דהטעם משום דידו כיד בעה"ב. ובלבע הטעם משום דכל המקדים אין דעתו על כסות אשתו ובניו]. ושא' פוסקים שלא פירשו כן משום דפליגי עליו בסברא זו. ועיין בקצוה"ח [סי' קפ"ב] מה שמתרץ על קושיית תוס' רי"ד ר"פ האיש מקדש בשליחות לגבי מלוה משום סברת רא"ש נדרים דבמידי דממילא לא שייך שליחות. ולפי מה שכתבתי הוא פלוגתא רבתא בפוסקים. גם מדברי הרא"ש עצמו מוכח להיפוך גבי לבע. אלא בע"כ צ"ל דהאי גבי הפרה שלא עשאו שליח בפירוש לשמיעה רק להפרה. וגם השמיעה קודם להפרה. ונמלא דבשמיעה גופה יתחיל השליחות וכיון דהוא מידי דממילא אין כאן התחלה לשליחות. אבל היכא דאיכא תערובות מעשה בהדי מידי דממילא כגון בלבע. וגם בשליחות מלוה כיון דחייל על גוף המעשה חייל נמי על מידי דממילא. וכעין דמלינו לענין מילי דהיכא דאיכא בהדי' צירוף מעשה כגון בגיטין ובקידושין לכמה דעות [בש"ע אה"ע סי' נ"ה] אפי' בקידושי כסף אע"ג דאיכא מילי בהדי מעשה מהני. רק שגם בזה פליגי הפוסקים. כגון לגבי גט [בסי' קכ"א] הרי אע"ג דאיכא צירוף מעשה אפ"ה פליגי בזה. וגם התם בנדרים [דף ע"ה] מבואר בר"ן שם תירוץ אחר:

ונמצא לפ"ז דהרמב"ן ס"ל שהשליח גופו נעשה כגוף המשלח. ומש"ה ס"ל דאם נימא מילי מימסרן לשליח הוי כאילו שמע מפי הבעל. והרא"ה בקושייתו על הרמב"ן בע"כ צ"ל דסבר דבמידי דממילא לא נעשה שליח. ולהכי הקשה שפיר דא"כ מנ"ל דר' יוסי סבר דמילי לא מימסרן לשליח דילמא טעמא רק משום לשמה כיון דלא שמע מפי הבעל, דאע"ג דשלוחו ש"א כמותו. זהו לענין העשיה לחוד. אבל מ"מ לא נשמע הקול יולא מפי הבעל ולא עדיפא מאילו עשאו הבעל שליח בפני ב"ד עלמן שלא בפניהם דלא מהני לדעת רמב"ן משום כיון דלא שמע מפיו בעצמו הוי ככתב שלא לשמה:

ד איברא מה שכתבתי לעיל [באות ב'] שהרא"ה חולק בתורתו של הרמב"ן והוא דס"ל דכל כמה דלא פירש להדיא הבעל בשפה ברורה שהוא ממנה את הסופר לשליח אמרינן בסתמא היכא דאמר בלישנא מליעא דנחית לתורת שליחות לגבי השומעים ממנו ואזי ירדה לגבי השומעים משום תורת שליחות ולא לגלויי מילתא לחוד. מוכח להדיא מדברי הרמב"ם [פ"ד מהלכות זכיה ומתנה הלכה י'] דפוסק דלגבי מתנה לא מהני אומר אמרו. ומשמע אפי' כשפורש אותו בשמו. ועיין בח"מ [סי' רמ"א]. ורמב"ן חולק בזה כמ"ש [באות א']. ומכ"ל לאפושי פלוגתא עוד בין הרמב"ם להרא"ה ולחלק גם בין השוים בעיקר הדין. גם בלא זה משמע הכי משמעיות דברי הרא"ה שם דמשמע דלא פליג על רש"י שהביא הרמב"ן שפרש את הסופר בשמו. ואפ"ה אית ביה משום מילי. הרי להדיא דס"ל דלישנא מליעא לא נפיק מתורת שליחות לגבי השומע ואית ביה משום תורת מילי:

וגם מה שכתבתי שחולק עליו במה דמחלק הרמב"ן בין שליחות דכתיבה וחתימה לשאר שליחות מבואר להדיא בדבריו שם. ונמלא לפ"ז בשליח להולכה היכא שהבעל נתנו לראשון. או שלקחו בעצמו בפקודתו ואמר לו אמור לפלוני שיקבלם מידך כיון דאיכא צירוף מעשה בהדי מילי מהני לכ"ע אפי' היכא דאמר לו בלישנא גריע', כגון דלא פרט אותו בשמו ואמר לו בפירוש אמור למי שתרלה אפ"ה מהני. אבל היכא דליכא צירוף מעשה כגון שהגט נשאר ברשות הבעל ואמר לו בלישנא גריע' אמור למי שתרלה שיטול הגט ויוליכנו לאשתו לכ"ע לא מהני מידי משום דאז ליכא צירוף מעשה בהדי מילי והלכה ברורה דמילי לא מימסרן לשליח. ובלישנא מליעא תלי' בפלוגתא דרמב"ן ורא"ה וכבר הובא בש"ע חו"מ [סי' רמ"ד] שני דעות בזה [וה"ה בשליח להולכה היכא שלא לקחו הראשון מרשות הבעל לרמב"ן מהני בלישנא מליעא ולרא"ה לא מהני] ואם אמר להדיא שהוא ממנה אותו לשליח אזי מהני לכל הפוסקים שהרי הרמב"ן ג"כ לא

השמיר אלא בכתיבת הגט משום דבעינן לשמה. [ודע דכל מה שכתבתי פרטי דינים בזה, הוא רק לדעת הפוסקים דאפילו באומר אמרו לא יצא מתורת מילי]:

ה ולפ"ז הדין המבואר באהע"ז [סימן קמ"א סעיף י"ד] הוא אליבא דכל הפוסקים. כיון שאמר להדיא שהוא אמר נסס שהוא הממנה הו נפיק לגמרי מתורת מילי שהשומעים רק לגלויי מילתא בעלמא הוא דאתי. ובעיקר המינוי הרי מבואר הדבר בגיטין [דף ל'] דמהני מינוי שלא בפניו וכמו שכתב בבדק הבית שם. ומה דק"ל דמילתא דפשיטא הוא ומבואר להדיא בגיטין [דף כ"ט], לק"מ דהתם נמסר הגט ביד הראשון וכבר נפיק בזה מתורת מילי כיון דאיכא בהדי' צירוף מעשה. משא"כ הכא דאיירי בשליח להולכה כמו בגוונא דשליח לקבלה שלא נמסר בידם כלום. ה"נ בשליח להולכה איירי בכה"ג והוא שהגט נשאר ברשות הבעל והוא ממנה אותו שיקחנה מעצמו וכמו שכתבתי לעיל [באות ב' ד'] ועיקר רבותא לאשמעינן דכל בכה"ג יצא מתורת מילי כיון שהשומעים לא נעשו שלוחים לעשותו שליח רק לגלויי מילתא בעלמא:

ומ"ש מע"כ לחלק בין עשאן שלוחים שיגידו לשליח. רחוק מן הסברא והוא דחוק לחלק בזה. כיון דעיקר הסברא דנפיק מתורת מילי הוא משום דאמרינן לגלויי מילתא בעלמא הוא דעביד תו לית לן נפקותא בין אית בהו תורת שליחות אם לא:

ו לכאורה יש להקשות על דעה אמלעית באבן העזר סימן ל"ה סעיף ו' [ובב"ש שם ס"ק ט"ו] דסברי דבקידושין אפי' בשטר אין השליח עושה שליח משום דהוי מילי. דשאני גבי גט דהוי כגמר מעשה דיכול לגרש בעל כרחה משא"כ גבי קידושין. דא"כ בעובדא דר' אבא בר מניומי בגיטין [דף כ"ט] למאי דקפחינהו רב ספרא דאיכו יכול למנות שליח אחר משום דהוי שליח שלא ניתן לגירושין דא"כ בטל השליחות לגמרי ואפי' לאבא בר מניומי גופא לא יכול למוסרו דהא כיון שלא יכול לגרשה הוי ליה רק כמילי בעלמא דלא מימסרן לשליח ואפי' באומר אמרו לדעת רוב הפוסקים דסברי דאפי' באומר אמרו לא יצא מתורת מילי: וצ"ל לאותן הפוסקים דסברי כדעת רמב"ן דגם בלישנא מליעא נקטינן לתועלת השליחות ואמרינן שהוא עשאם לשליח והוא יודיע לו [רק בכתיבה וחתימה הוא דפסול משום שלא לשמה אבל בנתינה לא בעי לשמה, גיטין פ"ו ע"ב]. אבל אין לומר דהוי כלישנא מעליא דמהני לכ"ע שהרי עודהו קא שקלו וטרו בזה התם מי אמר ליה אבא בר מניומי ולא הא. ואם איתא דאמר להדיא תו ליכא ספיקא. נשמע מזה בשליח קידושין בשטר ואמר ליה בלישנא מליעא שילך השטר ואמור לפלוני שילך ויקדשנה דמהני לכ"ע והווין קדושי וודאי כדמוכח מעובדא הנ"ל:

ז אח"ן ראיתי בפני יהושע שהקשה שם [דף כ"ט] גבי עובדא דאבא בר מניומי דאע"ג דלא ניתן לגירושין דהרי מ"מ למאיה הוי שליח אמאי לא יכול למוסרו ליד אחר שיעשה שליחותו במקומו למוסרו לאבא בר מניומי דהא בכל התורה קי"ל שליח עושה שליח. וכ"ל כיון שלא נעשה שליח לגירושין שהוא גמר הענין אלא למוסרו לאבא בר מניומי א"כ בכה"ג לא הוי שליחות כלל מן התורה ולא אמרינן ביה שלוחו של אדם כמותו, דא"כ כי מסרו איהו גופי' לאבא בר מניומי אמאי הוי גיטא הא בעינן ונתן [פי' הנתינה ליד המתגרשת] והכא לאו הבעל קא יהיב כיון דלא שייך שליחות בכה"ג [נמלא דלא ניתן ע"י הבעל], עכ"ל:

ולפמ"ש לעיל הדברים מובנים היטב במישרים. ועודנו לריך להקדים לזה דברי תוס' לעיל [כ"ד] בד"ה כי מטית להתם, ודבריהם לריכין תבלין דלכאורה נראה מדבריהם כמסקנת פנ"י שם דכל שליח שלא ניתן לגירושין אין לו לעבור על דעת משלחו אפי' בדבר דליכא קפידא. והוא דחוק בסברא שהרי לא מלינו אלא היכא דאיתא לקפידא מקום לחול כגון בזיון הבעל וכה"ג, ונראה להטעים הדברים עפ"י מוסדי הכללים הנ"ל דכל היכא דאיכא צירוף מעשה בהדי מילי שוב לא נחשב למילי, ומש"ה שליח עושה שליח. ותכונת המעשה עד היכן הדברים מגיעים, אם הוא דווקא היכא שהמעשה יכול לגמור ע"י פעולתו לבד ואינו תלוי בדעת אחרים כלל כמו בגט אשה דווקא. או אפי' היכא דתלוי בדעת אחרת כגון בקידושין אם השליח שיש בידו שטר קידושין יכול לעשות שליח, לדעת כמה פוסקים, גם זה יצא מתורת מילי, ולדעת המרדכי בשם הקדוש מרדוש ר"פ האיש מקדש, לא יצא מתורת מילי. אולה באומר אמרו אפי' בלישנא מליעא

הוכחנו

הוכחנו [באות ו'] דאפי' לדעת המרדכי מהני אפי' בקידושין דלהש"פ לזה מצטרפין גם מעשה כל דהו להוציא מתורת מילי, וראי' מעובדא דאבא בר מניומי:

ולאחר העיון נראה דבע"כ צ"ל דכל כה"ג דאזל שליח השני הוי מעשה גמור כגון בעובדא דאבא בר מניומי. שהרי הוא יכול לגרשה בע"כ, אזי גם בלישנא גריעא' ג"כ מהני כיון דאזל השני הוי מעשה גמור. וראיה מספ"ב דגיטין [דף כ"ד ע"א] גבי אשה עצמה הוי' שליח להולכה עד דמטית התם כי מטית התם שוי שליח להולכה. הרי משמע דאפי' כשלא פרט את השליח אפ"ה מהני אע"ג דע"י עצמה שהיא השליח הראשון אי איפשר לה להתגרש, והיינו משום שע"י השני נגמר הענין לגמרי והוא מוסר לה הגט מש"ה לכ"ע יצא מתורת מילי אפי' בלישנא גריעא':

נמצא לפ"ז היכא שע"י שליח הראשון לא ניתן לגירושין והבעל מסר לו הגט למוסרו לאיש אחר אע"ג דלא פרט לו. והרי הוא לישנא גריעא' דלא מהני לכ"ע, [דהיינו לדעת רוה"פ, לבד דעת המרדכי ס"פ התקבל דמילי לא שייך אלא גבי כתיבה וחתימה לפי שאינו נגמר הקנין יעו"ש] בשליח לקבלה וגבי שליח להולכה היכא דלא מסר לו הגט כמש"ל [באות ד'] מ"מ היכא דמסר לו הגט ליתנו לשני. אזי אפי' בלישנא גריעא' מהני אפי' היכא דלא פרט אותו בשם כמו בספ"ב גבי אשה:

איברא ניחזי אנן באשה עצמה, היכא דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית להתם ולא אמר לה יותר אזי בודאי אינה יכולה לעשות שליח להולכה. דגם דהיכא דחלה או נאנס השליח עושה שליח, והכא אין לך אונס גדול מזה. שהרי אי איפשר לה להתגרש בלא זה, מ"מ רחוק מן הדעת וממושכל הדעת שיהי' כח השליח עדיף ממשלחו דכיון שהיא עצמה א"י שתתגרש ע"י שליחותה היאך תעשה שליח שתתגרש ע"י. והוא בכלל כל מילתא דאיהו לא מצי עביד. ומעתה ניחזי אנן בעובדא דאבא בר מניומי היכא שלא פרט אותו בשמו כמו התם. ורוצה לעשות שליח שני שהוא ג"כ אינו מכירה רק שהוא ימסרו לשליש במקומה המכירה. אזי לכ"ע אינו מועיל דכיון שלא ניתן לגירושין ואין בידו לעשות כלום שום מעשה בגט שבידו אפי' מדעתה כיון שלא ניתן לגירושין וגם אצל השני אין לקבוע שם מעשה על הגט שניתן מיד הראשון לשני ואזי לכ"ע הוי ני' מילי ולא מימסרן לשליח דדמי כאילו לא היה בידם כלל. דמאי איכפת לן במה שהוא בידם. כיון שאין נאל ידם לא ביד הראשון ולא ביד השני להעשות בו שום גמר. ומילתא דפשיטא שגם לדעת הפוסקים החולקים על המרדכי וסברי דבקידושין עושה שליח. דהתם מ"מ יש בידו לקדשה מדעתה, איברא עודנו צריך להתבונן היכא שפרט את השני בשמו וגם דיבר בשפה ברורה ובפה מלא שהוא עושה את השני לשליח ומסר את הגט לשליח ראשון ואמר לו שהוא עושהו לשליח שימסור לשני ויודיעהו זאת, אם השליח הראשון היכא דנאנס בדרך. אמאי לא יכול לעשות שליח שימסור לזה בליוהו הבעל ויודיעהו קובע דברי הבעל. דאע"ג דמילי לא מימסרן לשליח והכא מעשה הגט שבידו לא נחשב למעשה כלום. כיון שלא ניתן לגירושין, מ"מ כיון שהוא רק מעשה קוף בעלמא ונסתלק תורת שליחות לגמרי. מ"מ לא גרע מאילו נעשה ממילא כמו בעובדא דגאונים שכתבנו לעיל כאשר תמה בפ"י. מ"מ הסברא נותנת כיון דעשאו לראשון שליח שיודיעהו וימסור לו הגט, והוא שינה בשליחות. דכיון דמילי לא מימסרן לשליח. ולא נעשה כלל בתורת שליחות כאשר ליוהו הבעל, ויש בו צד פסול [וכמ"ש תוס' גיטין (ס"ו ע"ב) ד"ה הא דבכתיבה לר"מ כשר גם כשמלאו באשפה. מ"מ היכא שציוה לכתוב פסול ע"י שליח שני שצריך לעשות צווי, ועמ"ש לקמן סי' ל"ט בזה]:

וזהו כוונת התוס' דגבי אבא מהני אפי' היכא דלא פרט בשמו אפ"ה לא נכנס לסוג דין מילי. והתם כשפירש את אבא בר מניומי בשמו אפ"ה לא נפיק מתורת מילי היכא שממנה לאחר למוסרו לאבא בר מניומי, והארכנו בזה לברר הדברים לעצמי ולכל הרוצה להבין הדברים לאשורם לא ילאה באריכות הדברים. אח"ז עיינתי בקצה"ח [סי' רמ"ד ס"ק ב'] וראיתי שמיישב קושי' פ"י הנ"ל עפ"י סברת המרדכי קידושין ולמ"ש נכון לכל הדעות בפשטות הדברים לאשורם:

ח **עיין** ר"ן סוף פרק התקבל שכתב מצד הסברא אמרינן דפקח יכול לכתוב לסופר שיכתוב לו גט לאשתו דאע"ג דאמרינן בגיטין [דף ע"ב] קולו לאפוקי מדרב כהנא אמר רב. זהו כשאינו יכול לדבר ואינו שומע מש"ה אין כתיבתו מוליכה אותנו מידי ספק שטותו. אבל בתוספתא איתא דאפי' פקח אינו יכול למנות שליח בכתיבה. וכן מובא באה"ע [סי' ק"כ סעיף ה'] לדינא שהוא מחלוקת הפוסקים. נמצא לפ"ז לדעת רא"ה שכתבנו לעיל [באות ב'] וכן הר"ן מסיק שם לדינא כוותי' בזה. דלא מחלקינן כלל בין שליחות דכתיבה לשאר שליחות, לכן בהומר אמרו היכא דממנה בפירוש דמהני בשאר שליחות להולכה ולקבלה ונפיק בזה מתורת מילי, מהני נמי בכתיבה דגט משום לשמה. [ופליגא בזה על רמב"ן דפוסל גבי כתיבה ביותר דמשום לשמה בעינן דווקא שישמע בקולו ממש], וכן לדעת כמה פוסקים שכתבנו לעיל [באות ג'] דדין תורת שליחות לא ניתן אלא למעשה השליחות ולא שיהיה גוף השליח כמשלח. בע"כ צ"ל כן משום קושיית הרא"ה הנ"ל. דאל"כ מנ"ל דר' יוסי סבר כלל דמילי לא מימסרן לשליח דילמא הכל משום לשמה דתו אין לומר כתירוצו של הר"ן שם. שהרי לזה לא ניתן כלל תורת שליחות וכמו שכתבנו לעיל. אלא וודאי בע"כ צ"ל דסברי דלא מחלקינן בין שליחות דכתיבה לשאר שליחות וכיון דמינוי שליחות פסול בכתב גבי כתיבה. הוא הדין נמי בשליחות קבלה והולכה:

וזהו שכתב הרמ"א בנועם לשונו [בסי' קמ"א סעיף ל"ה] דמינוי שליחות פסול עפ"י כתב וזה נכון וברור:

ט **איברא** נראה דזהו כשעיקר מינוי שליחות היה בכתב אבל כשהמינוי היה על פה לפני עדים והם כתבו בלישנא דסהדי כמו שכותבין בכל שטרי מקח ומתנה. הרי עיקר המינוי היה ע"פ והכתב הוא רק לראי'. הולם היכא שכותבין בלישנא דבעל כמו שכותבין בגט כתבו ותנו לפלוני איך שאני ממנה אותו לשליח הגם שאמר כן על פה. עודנו יש לשדות בו נרגא. דמ"מ יש לומר דעיקר סמיכות דעתו היה על מינוי זו שע"י כתב שלוה לכותבו וליתנו בידו. ודמי קצת לסברת ר"ן קידושין פרק קמא [דף כ"ו] דבשטר קנין לא קני אלא בשעה דמטא לידי' כיון דאית ביה תרווייהו משום קנין ומשום ראיה. אבל בשטר ראיה קנה למפרע. ה"נ יש לחלק בין אם כותבין בלישנא דסהדי לראי' בעלמא. אזי כיון דלקושטא מינה אותו בפיו מהני לכ"ע. אבל היכא דכותבין בשם הבעל איך שאני ממנה אזי איתא בכתב זה משום תרווייהו בהדי הדדי משום מינוי ומשום ראיה אזי יש לומר דעיקר סמיכתו היה רק על הכתב שלוה לכותבו בשמו:

וזהו דמדייק בש"ע אה"ע [סי' קמ"א סעיף י"ד] והעדים כותבין וחותמין שמינה לפלוני שליח. הכוונה שכותבין רק בלישנא דמשמעותא לראי' בעלמא. והוא שכתב בהגה"ה ועיין לקמן [סעיף ל"ה] למעוטי שלא יכתבו בלישנא דבעל עצמו וכמ"ש, ועיין:

י **בנידון** המבואר בבעל הלכות גדולות מובא ברא"ש גיטין [פרק ב' סי' כ"ז] ובר"ן שם [על סוגיית הש"ס בדף כ"ג] וז"ל מהו למיכרכיה לגיטא בחד מנא ומימר לעכו"ם אמטי הא מנא לישראל פלוני וליתבי' לאינתתי' וכו'. לכתחילה לא מנסבינן לה וכו'. ואי איכסבא לא מפקינן לה משום דקי"ל הלכה כר"א דעדי מסירה כרתי עכ"ל בדילוג. וקשה להבין הדברים כאשר הרגיש בזה הר"ן דמאי שיאטי' דר"א הכא. ונראה להטעים קצת דברי קדשם הנטעים ומושרשים במוסדות מולקים. הגם שלוחו עליהם רבותינו הראשונים [וכבר כתבתי בהקדמה לזית רענן חלק ראשון שכך דרכן של רבותינו הראשונים שידעו להבינו היטב מקורם ושרשם רק מחולקים עליהם בסברא דקה לפום שקלם בשכלם הזך], ועיקר סברתם נראה דסברי כדעת הרמב"ם [פ"ג מהלכות גירושין הלכה ט"ז ועי' ב"ש אהע"ז סי' קכ"ג סק"ה] דבגיטין וקידושין דבעינן בני כריתות הוא אפי' במידי דלא בעינן תורת שליחות כמו גבי כתיבה דס"ל דלא בעי תורת שליחות. וחרש שוטה וקטן פסלינן משום דלאו בני דעה נינהו. אפ"ה בעבד פסלינן משום דלאו בני כריתות נינהו. [מש"ה פסול ע"י עכו"ם משום דלאו בני כריתות נינהו. וכמ"ש הרא"ש שם בשם הבה"ג]. גם מסתברא להו דאע"ג דלא מלינו פסול דבני כריתות רק היכא שעשה מעשה בגוף הגט. כגון בכתיבה או בנתינה דבעינן שיתן לידה. אבל לא היכא שהוליך הגט ליד השליח שנתמנה עפ"י בעל. והוא רק מעשה קוף בעלמא וזהו כסברת ר' שמעון במס' זבחים [דף י"ג] שהיה אומר אי איפשר שלא בשחיטה ושלא בקבלה ושלא בזריקה אבל איפשר בלא הילוך ששוחט בצד המזבח וזורק. מ"מ כיון דמלינו דר' אליעזר פליג עליה התם. וסבירא ליה במהלך במקום שהוא צריך להלוך מיקרי עבודה ומחשבה פוסלת בו. [הגם דאנן פסקינן התם כחכמים היינו משום גזירת הכתוב דמקבלה ואילך מצות כהונה, לכן הילוך כל שהוא

מיקרי עבודה כמ"ש תוס' שם (י"ד ע"ב) בד"ה והא]. אבל ר' אליעזר ור' שמעון דפליגי בסברא אם כגון זה מיקרי עבודה, לכן יש להחמיר באשת איש כר"א. וכיון שהוליכו במקום שהוא צריך להלוך ויש לו תפיסת יד בגט זה ונפסל ע"י משום דלאו בני כריתות נינהו. איברא עדיין יש לחלק דהתם שאני שיש לו תפיסת יד בדבר שיש בו בעצמותו תועלת לעבודה בלא שום מניעה והוי הולכה זו המקרבו לעבודה כגורם, אבל הכא כיון דצריך לעדי מסירה ומלאה דתפיסת יד זה על שם העכו"ם הוי כעין גורם דגורם, לכן אם נתנו לה בפני עדי מסירה איגלאי מילתא למפרע דהוי ליה תפיסת יד רק בגורם דגורם, אע"ג דלקושטא ס"ל דאמרינן אף ע"מ כרתי ומש"ה לכתחילה פסול, אבל בדיעבד לא תלא:

אמנם בגירסת הר"ן כתוב משום בני שליחות. לכן תמה דא"כ אינו ענין לעדי מסירה:

מ"מ בעיקרא דמילתא דאוסר הבה"ג להנשא לכתחילה, כיון שהרא"ש שם ועוד רבותינו הראשונים סמכו על ר"ת בזה להלכה ולמעשה להקל אפי' לכתחילה [וכ"פ בש"ע סי' קמ"א סעיף ל"ה]. תו אין לפקפק בזה בפרט במקום עיגון ושעת הדחק, והיש מחמירין בש"ע שם הוא רק מטעם מינוי בכתב:

ומ"ש בשם מהרי"ק [שורש למ"ד סוף ד'] שאין להקל משום עיגונא אלא היכא דמלינו להדיא מבואר הדבר בש"ע אה"ע [סימן י"ז סעיף ס"ו] ועיי"ש בחלקת מחוקק [ס"ק נ"א] דזהו היכא דפליגי במקום עיגון גופא, וכ"ש שם מסיים בשם הט"ז להקל כדעת רא"ש ומשאת בנימין:

ובפרט בנ"ד שגם לדעת בה"ג גופא הוא רק משום חששא דרבנן סברי בדיעבד לא תלא לכן יש להקל בזה במקום עיגון ושעת הדחק:

וכה"ג איתא בתרומת הדשן [סי' רכ"ח] דילא לידון היכא דחתם העד עצמו בגט כגון ראובן בן יעקב וכתב הי"ן במקום עיי"ן ומחק רגל השמאל ונותר עיי"ן דזה ילא מתורת כתיבה משום חק תוכות. והקיל וערי בזה מפני דמדינא אין צריך לחתום אלא ראובן עד או בן יעקב וכיון שכן דמי למ"ש התוס' [גיטין דף פ' ע"א ד"ה ושם עירו] והפוסקים גבי שינה מקום הלידה דכל מה דלא צריך מצד הדין אין שינוי פוסל בו:

וכתב שם אמנם נראה לחלק שפיר דאיפשר לומר דלא דמי לשינוי מקום הלידה או שם הכינוי דהתם איכו לא אתי כלל לצורך שום תיקון חכמי התלמוד ואינו כלל ממטבע שטבעו חכמים בגיטין. אבל בן פלוני בחתימה עצמה היא ממטבע חכמים. היכא דלא חתם כבר פלוני. והכי נמי דהיכא דחתם כבר פלוני תו לא צריכין לבן פלוני. מ"מ נימא איפכא דבן פלוני הוא עיקר ופלוני הוא התוספת דהא כל כמה דלא חתם עדיין עד הרי פלוני לחוד לאו כלום הוא ומאי חזית דמשוי לפלוני עיקר טפי מבן פלוני וכיון דלא הוברר לתפוס אחת מהן הפסול והטעות פוסלים בתרוייהו דרמינן כה החתימה אהא כמו אהא וכו' אפס נראה דוודאי אי הוי חתימת עדים דאורייתא כמו לר' מאיר היה ראוי לחלק בכה"ג אבל אנן דקי"ל כר' אליעזר דאין עדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם אין לדקדק ולחלק כ"כ עכ"ל התרומת הדשן:

ולפענ"ד הדבר מבואר כעין זה בזבחים [דף קי"א ע"ב] במתניתין להדיא למה הדבר דומה למפריש חטאת ואבדה והפריש אחרת תחתיה ואח"כ נמצאת הראשונה והרי שתיהן עומדות וכו' שתיהן בחוץ חייב. עיין פי' רש"י וברטנורה דחייב על שתיהן, וכ"מ להדיא שם מדלא מפליג בהו כמו באינך בבי. והטעם מפני שבשעת שחיטה כל אחד היה ראוי לפנים. והשתא התם הרי רק אחת מהן ראוי ואחת וודאי אזלא למיתה. [דבש"ס שם מוקמינן המשנה כרבי]. אפ"ה כל כמה דלא נתברר חייב על שתיהן. מכל שכן הכא שבניהם כאחד טובים רק שאחד מהן יתירא:

רק מה שמחלק התרומת הדשן בין דאורייתא לדרבנן הוא נכון:

וממילא בנידון דידן כיון דעיקרא דמילתא השתא לדידן אין העדים חותמין על הגט רק מפני תיקון העולם. והעיקר שסמכינן על עדי מסירה משום הכי לא נפסל ע"י תפיסת יד של העכו"ם דהוי כגורם דגורם:

יא ועתה נבוא לדון בענין קיום הגט שמסתמא לא נוכל לקיים חתימת ידי הדיינים על הרשאה ממדינת (אמעריקא).

וכתב מעלתו שזהו הדין המבואר בהגה"ה [סוף סי' קמ"ב] שמעשה ב"ד א"צ קיום. ולפענ"ד לא נראה כלל לומר כן כיון שכל עיקר הקיום הוא רק על שטר שליחות אע"ג שמצריכין את עדי החתימה על הגט בתוך כתב השליחות וקיום שעליו. מ"מ לא עדיף מאילו נתקיים חתימתן דהיינו חתימת הדיינים לפנינו. אפ"ה לא מהני לדעת הריב"ש [סימן ש"ח] יעו"ש שכתב בזה הטעם משום דעדיין כאילו לא נתקיים. דעדיין יש לחוש דילמא נאבד הגט מיד השליח וזייף חתימת ידי עדים. וכתב שם אע"ג דאין לחוש לזה [בעובדא דידיה]. מ"מ לא נתקיים הגט בחותמיו ולא בתקנת חכמים. ועיין בש"ע [סי' קמ"ב סעיף א'] דמביא הרמ"א פלוגתא בזה ומסיים כדעת הריב"ש בחשן משפט [סי' מ"ו סעיף ל"א] שהקיום צריך שיהיה סמוך לכתיבת יד העדים וכו' או מאחריו. רק דשאני התם דחיישינן למזויף וינקוט בידו שני השטרות. משא"כ גבי שליח להולכה דלית לן למיחש רק לנפילה. ולנפילה לא חיישינן כדאיתא בש"ס בבא בתרא [דף קע"ב] ויבמות [קט"ו ע"ב] גבי חבו בר ננאי. מ"מ כיון שכבר יצא הדבר מפי הריב"ש אפי' במקוים תו אי איפשר להקל היכא דלא נתקיים אפי' במקום עיגון ושעת הדחק, בתרי קולי, כדאיתא כעין זה בט"ז יורה דעה [סוף סי' נ"א]. ובפרט שהרמ"א נוטה לדעת הריב"ש. ואע"ג דעל ב"ד רחוק מן הדעת לחוש לזה. דהא גם הריב"ש כתב בעובדא דידיה שאין לחוש לזה. מ"מ מיקרי כגט שאינו מקוים שלדעת רוב הפוסקים תלא:

ומ"ש מעכ"ת דשאני חתומה בחותם דלא חיישינן למזויף מפני שצריך לאומן. ז"א שהרי אין משלחין מעות בדיוקני שהוא חותם טבעת, כמבואר בבא קמא [ק"ד ע"ב] ובחשן משפט [סימן קכ"א] ובש"ך שם [ס"ק י"ג ט"ו]:

לכן נראה לפענ"ד דהיכא דאיפשר שיתקיים חת"י הב"ד מה טוב. ובאם לאו יקיימו הב"ד גם את עדי הגט על הגט עצמו סמוך לכתיבת העדים וחתימתן או מאחוריו ויקיימו גם את הרשאה. ובלבד שיכתבו בתוך קיום עדי החתימה של הגט, שהגט נמסר לפניהם ליד שליח להולכה. דאל"כ יש לחוש שיחזיקו אותה מגורשת שדרכה של אשה לקיים גיטה ולא היש כמו בשטר חוב דכתוב בו הנפק, ועיין בבא מציעא [דף י"ח ע"ב] בתוס' ד"ה נפיק. ולולא דמסתפינא אמינא דדעת הריב"ש רק היכא שהגט יוצא מיד שליח השני, כמ"ש בשאלה שם. ודעת החולקים הרשב"א ומרדכי הוא כשעודנו ביד הראשון. וטעמא דמילתא שהרי מבואר הדבר ברמב"ן יבמות סוגיא דילאק ריש גלותא והנמוקי יוסף שם דגט הנמצא בעיר שנכתב דכשר אפי' היכא דשיירות מצויות משום כאן נמצא וכאן היה. וה"כ כיון שנותן ביד זה גט מקוים ונמצא בידו גט זה. אמאי לא נכשירו ע"י כאן נמצא. ומהא דפסקינן דשני יוסף בן שמעון בעיר אחת מוציאין שטר חוב על אחרים [כמבואר בש"ע סימן מ"ט סעיף ז' בלי שום חולק]. אין להקשות על דברי הריב"ש משום דהתם עדיפא חזקת דכאן נמצא משום שהוא נגד שתי רשויות. ועיין כתובות בסוגיא דהיו בה מומין. שם מבואר דכאן נמצא ע"י רשות עדיף טפי. לכן נראה דדעת הריב"ש הוא דווקא ביד שליח שני דדמי לגט הנמצא במקום אחר כמ"ש הרמב"ן שם. והרשב"א ומרדכי הוכיחו משליח ראשון דז"ל הרשב"א בתשובה [סימן קס"א] ומרדכי פרק התקבל שהוכיחו דלא בעינן הרשאה ביד שליח. דהשם שנאמן לומר בפני נכתב נאמן גם על השליחות. דאל"כ אמאי הצריכו לומר בפני נכתב. וא"כ אזלי הוכחתם משליח ראשון. אולם מלשון רבינו רמ"א [סי' קמ"ב סעיף א'] משמע דגם בשליח ראשון חולק הריב"ש ובטלה דעתי השפלה נגד דעת רבינו הגדולה והרחבה. ול"ל דטעמא דמילתא משום שכבר הקילו רבנן כמה קולות גבי קיום. לכן לא הקילו עוד לאשוויי קיום ע"י צירוף דכאן נמצא. וכעין דאמרינן בעירובין [דף י' ע"א] גבי פסי בירות. ואפי' לאידך ליפנא דאמרינן להיפוך היינו משום דגבי עולי רגלים הקילו קולא יתירא כמ"ש התוס' שם [דף ה' ע"ב] ד"ה תאמר. גם בל"ז יש לחלק קצת כיון שכבר חששו חכמים למזויף והצריכו לקיום אמרינן שע"י קיום דהרשאה עודנו לא יצא לגמרי מחששא דמזויף והוי כאילו לא נתקיים. משא"כ גבי גט הנמצא במקום שנכתב, כיון דאיכא כאן נמצא תו לא נכנס כלל לסוג ספיקא. ולפ"ז עודנו יש מקום לומר דהיכא שהגט הוא ביד שליח שני גם הרשב"א ומרדכי מודים לסברת הריב"ש דהוי כאילו לא נתקיים, דאזי ליתא לחזקת כאן נמצא כלל דדמי לגט הנמצא במקום אחר:

סוף דבר הנני מסכים לאופן אשר שמע ידידי משם המאוה"ג ראשי בתי דינים דק"ק ווילנא זללה"ה והוא שהבעל ימסור הגט לשליח במקומו

במקומו בכתב שליחות מקויימת בב"ד. והשליח יעשה שם שליח לאיש ידוע שהוא במקום האשה ג"כ בכתב שליחות מקויימת והשליח ישלחנו בעצמו בפני עדים [כאשר הוסיף מע"כ] על הדואר. ועד עתה היו דבריהם כמילתא בלא טעמא. וכעת אחר מערכתי ימתקו מנופת צופים. ועוד אני מוסיף שיקיימו הב"ד את חתימת ידי עדי הגט על הגט עצמו ושיכתבו בתוך הקיום שהוא ע"י שליח להולכה. ואז נכון הדבר שהשליח השני ימסור לה הגט פטורין אליבא דכל הדעות:

גם יזהיר אותם שלא יתלקטו שמה שלשה מן השוק אשר אינם יודעים בטיב גיטין, רק יחזור אחרי בני תורה, ויראים ושלמים. וגם העדים יהיו בחזקת כשרות:

דברי ידי"נ הק' משה יהודה ליב.

סימן לח

בדיני גיטין

א **מ"ש** כ"ת להקשות על דעת המחבר [סי' קמ"א סעיף נ"ה] בשם גדולי הפוסקים, שיכול למסור הגט לעכו"ם עם כתב לאיש פלוני אשר מינהו לשליח להוליך הגט לאשתו, מירושלמי גיטין [פרק ג' הלכה ג'] דבאם עבד עכו"ם לא חיישינן כיון שאינו שייך בגיטין [וכ"כ הפני משה שם]. ולשיטת המחבר קשיא דעודנה יש לחוש גם גבי עכו"ם שאולי מסרו לידו שימסרנו לישראל, יפה תמה:

והנראה לפענ"ד בזה בקושט דברי אמת. איברא אשאל מאת כל מעייני בצדק שישימו עיונם במתון, בפלס ובמשקל מאזני צדק. ואז ידעו ויבינו כי נכונים הדברים לאמתן. והוא כלל גדול מסוגי תורתינו הק' בכמה ענינים שונים. והוא הגם דבשטר שנפל חיישינן אפי' לחשש רחוק ולא שכיח כלל. ואפי' בת"ז חיישינן לפרעון ולקנוניא. [וגם בכתובה, דאפי' לאביי ורבא דחיישי לפרעון. אבל בכתובה שהוא בחיי הבעל מודו דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים, וכמ"ש תוס' ב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה כי הוכי. ואפ"ה בנפל חיישינן. לתירוצא דרב פפא (דף ז' ע"ב)]. וגם אפי' קיום לא מהני לדעת תוס' ב"מ [דף י"ג ע"ב] בד"ה הא קאמר. וכנגד זה מצינו כמה חששי דשכיחי טובא ולא חששו גם בנפל. שהרי לשמואל דס"ל מצא שטר הקנאה בשוק יחזיר משום דלא חייש לפרעון ולקנוניא דאם איתא דפרעיה מיקרע הוי קרע ליה [ב"מ דף ט"ז ע"ב]. ואמאי לא חיישינן דילמא פרעו מחצה או יותר והשלישו השטר ביד שליש כדתנן ב"ב [דף קס"ח] אלמא שזה מצוי ושכיח. ובשיטה מקובצת שם הביא קושיא זו בשם ריטב"א ותירץ משום דלא שכיח ואינו מובן כל הצורך:

אבל כך דרכן של הראשונים לרמז ברמיזה בעלמא למעיינים. וכללא דמילתא דלעולם לא חיישינן אלא לספק שלפנינו. וכיון דלפנינו ליתא לספק אלא בין מלוה ולוה הכתובים בשטר. לכן חיישינן לכל החששות שנופל ביניהם. אבל לחוש עוד לשלישי שלא נראה לפנינו, כל כי האי וכיוצא בו לא נכנס כלל בכלל סוג הספק. והוא בכלל אחזוקי ריעותא לא מחזקינן ואין ספק מוציא מידי ודאי. וכן הא דאמרינן ב"מ [דף כ"ז ע"ב] כיס וטבעת לא מושלי אינשי. ואמאי ל"א שמא נפל ממנו הכיס וטבעת ואחר מצאו וקשר בו את הגט וממנו נפל. אלא וודאי דלא חיישינן אלא למאי שנראה לפנינו והוא לנפילה חדא ולא לתרתי נפילות. ועיין בזית רענן חלק ראשון [דף מ"ה ריש ע"ד] שהארכתי בזה ויסדנו יסוד זה בראיות נשגבות. [אמנם בדפוס נשמט משם כמה ראיות מטעם המכוון]:

ולפ"ז בבעל שהביא בעצמו גיטו ונפל ממנו אמאי חיישינן לר' נתן בגיטין [דף כ"ז ע"ב] לשיירא שעברה אחרי נפילתו, [כמ"ש בחידושי רשב"א שם ד"ה ת"ר, דר' נתן לא חייש לשיירא שעברה קודם נפילתו]. אם נודע בטוב שלא היה אחד מהם ששמו כשם הבעל. ואפ"ה חיישינן דילמא היה אחד מהם שליח מן הבעל ששמו כשמו. ואמאי לא אמרינן כיון שהענין לפנינו אין לספק רק בין הבעל והאשה, ולא על איש אחר [וא"ל דאה"נ דא"כ מאי מקשה הש"ס שם בגיטין ממתניתין דהמביא גט ואבד הימנו ושל ברייתא דמצא גט אשה בשוק. דהתם בברייתא שאני דאין לספק רק בין הבעל והאשה. ולהכי אפי' כשעברה שיירא לר' נתן וידעינן שלא היה שמה כשם הבעל. וביותר לר' שמעון בן אלעזר כשעבר אדם שם שגם זה הוא בכלל זמן מרובה וכו' לידע את שמו ולשלוחין לא חיישינן. משא"כ במתניתין דאיירי בפשטא בשליח להולכה, ולהכי לא חיישינן גם לשליח דשלמא. וכן לרבה שם דמקשה מתניתין אהדדי נמי יש לומר כן]:

ולקושטא דמילתא נק"מ, דכשם שהספק והענין שלפנינו הוא בין הבעל והאשה ה"ה נמי לשלוחם דידהו, שהרי גבי גיטין צריכין נתינה מידו לידה ויד השלוחים כידן. ולהכי כמו דחיישינן למגרש עצמו ה"ה נמי לשליח דידיה:

איברא זהו בישראל דווקא דיש לו כח ויד לגרש. משא"כ לעכו"ם אין לחוש שהוא ממש כאדם שלישי שלא נראה בעליל בספק לפנינו עליו ולא נכנס כלל בסוג הספק לספק בזה. אע"ג דשכיח מפני שהוא רק כממוצע בין הבעל לשלוחו:

ב **מ"ש** כבודו והאריך בנדרים [דף ל"ה ע"א] גבי למעול מקבל. באיסורא לא ניחא ליה דליקני הא כל מעילה הוא בשוגג. ישים נא עיונו בר"ן שם שעמד בזה במתק דבריו. וכוונת דבריו היטב יעוין בס' זי"ר חלק ראשון [דף פ"ב סוף ע"ד]:

ומה שחידש כ"ת לחלק בין הנאה לזכיי'. דשאני הנאה דלא בעי כוונה משא"כ זכייה דמקבל מתנה דבעי כוונה. לא כן, אלו היה הקושי' כך אזי ישנו למצוא מקור לדבריו לדעת מיעוטא דמיעוטא מהפוסקים דסברי דגם בדעת אחרת מקנה בעינן כוונה לקנות. אבל דעת רוב הפוסקים אינו כן, עיין בנימוקי יוסף בשם הראב"ד גבי רב ענן דשקיל בידקא בארעי' [מ"א ע"א] ורשב"א גיטין [כ' ע"ב] בד"ה ובא מעשה לפני חכמים בתוך הדיבור יעו"ש:

אבל עיקר הקושיא מאי בין נותן דמעל כשמוציא מרשות הקדש ונתנו לאחרים אפי' בחנם ורק שוה פרוטה בצימצום דלא נהנה בשוה פרוטה ואפ"ה מעל. ול"א דטעותא מפקיע מידי מעילה. והכי קא קשיא ליה לר"ן שם שהרי כוונת המקנה אלימא ועדיפא מן הקונה. וע"ז תירץ והמציא שם דזהו הנותנת דכיון דכחו של הנותן אלים בקניי' זו לכן אין טעותא מפקיע מידי אלמותו. משא"כ הקונה דקלישתא כחו בקנינו לכן הטעותא מפקיע והוי כמתכוין שאינו רוצה לקנות אע"ג דאין צריך כוונה לקנות זהו בלא כוונה כלל. [וכן מצינו כעין זה בר"ן ר"ה ס"פ ראוהו ב"ד גבי מצות שאין צריכות כוונה. דאם כיון שלא לצאת לכ"ע לא יצא]:

סימן לט

בדיני גיטין

אחדש"ה הן אפפו עלי טרדות רבות משו"ת כחולות ושקלתי בדעתי עד כה. אם להפיץ אם לקמץ. כי נוראות נפלאתי אם היתר עגונה גדלה ורבתה כל כך לבנות דיק ולשפוך סוללה לטהר ולהתיר בק"ן טעמים זרים ובדוים. את הכבולה בכבליים מכמה מניעות ומסתימות הש"ס וכ"פ. לולא יריתי קו לצדק לדון את השואל שאל. שרק עלה השאלה לא נהייתה. רק הרב השואל הגה הדברים במחקרו ובדעתו. ועליו נאמר כל פטפוטין וכו', לזאת חזקתי ואמצתי להשיב לעת אשר פניתי מטרדותי כמעט. והעיקר כדי למלאות רצון ידי"נ מאז ומימים ימימה:

הן נשאל באחד שכפוהו לילך למדינת הים וצוה לסופר שיכתוב גט לאשתו ולעדים שיחתמו ולשליח שיתן לידה ואח"כ מת אחד מן עדי החתימה. וסיבב השואל והדה ידו להתירה בשני אופנים או שהעד הנשאר יחתום עצמו ויותן הגט בעדי מסירה. לדידן דפסקינן כר' אלעזר דעדי מסירה כרתי. או שאחד מן השומעים מפי הבעל יחתום עם עד הנשאר. ומקורו הטהור מדברי הרא"ש קידושין [דף מ"ה ע"ב] פרק האיש מקדש [סי' ז'] גבי אחד שאמר לחבירו לשדך לו אשה פ' והלך וקידשה לו שלא מדעתו ה"ז מקודשת וכ"ה בש"ע [סי' ל"ה ס"ד] ואילו דידי' כיון דבהכ"ג כפינן לגרש, והדבר ידוע דאילו לא היו מצויים עדי חתימה אזי כפינן ליה לגרש בעדי מסירה לבד. השתא נמי שמת אחד מן עה"ח ועיקר כוונת הבעל כדי שלא תתעגן אמרינן נמי איגלאי מילתא למפרע דוודאי ניחא ליה שתתגרש באיזה אופן שיהיה כי היכי דלא תתיב ותתעגן. ומסיים השואל ליתן לה שני גיטין באופנים הנ"ל שכן ברור לדינא. ולדעתי שניהם כאחד כן המה

כחרב

כהרב פיפיות להתיר אשת איש לעלמא והן המה כאבק פורח וכפורחת עלתה נצה וכציץ נובל תפארתו :

א עיין בש"ע אבן העזר [סי' ק"כ ס"ה] אמר לעשרה כולכם חתומו וכו' ואם מת אחד מהם הגט בטל [והוא ממשנה גיטין ס"ו ע"ב] וא"ל דזהו לדידן לה"פ דפסקינן כר' יוחנן דשנים משום עדים וכולן משום תנאי [יעוי' בש"ע שם סעיף ט' יו"ד] וכיון שלא נתקיים התנאי אינו גט, אבל באמר לשנים חתמו ולדידן דפסקינן כר"א דע"מ כרתי לא קפיד הבעל רק לכתחילה כדי לקיים תקנת ר"ג [גיטין ל"ד ע"ב], איברא זהו בורכא ולא ניתן להאמר כלל דא"כ קשיא לריש לקיש דס"ל דכולהו משום עדים וס"ל ג"כ דהלכה כר"א בגיטין עיי"ש [פ"ו ע"ב] משתם משנה (בדף ס"ו ע"ב) לפיכך אם מת אחד מהם הגט בטל, ועיי"ש [דף י"ח ע"ב] דנקט כולהו נפקותא בין ר' יוחנן לריש לקיש דלר"י לקולא ולהחמיר לר"ל, משמע להדיא דליתא לאשכוחי להיפוך להקל למ"ד משום עדים ולהחמיר למ"ד משום תנאי, דזהו רחוק מן הדעת אליבא דכ"ע, שהרי תרווייהו ר"י ור"ל פסקו כר"א, עיין עוד (דף כ"ב ע"ב) הרי להדיא דאפילו לר"א דעדי מסירה כרתי אפ"ה אם מת אחד מהם הגט בטל, וזה פשוט ומבואר דשנים דינו ככולכם עיין רמב"ן במלחמות ד' פרק קמא דגיטין (דף יו"ד) וז"ל דשנים דמי לכולכם משום עדים יעו"ש בהא דאמר רב פפא זאת אומרת עדי הגט אין חותמין אלא זה בפני זה וז"פ ומוסכם מעצמו ומכה"פ, ומעתה אתמה דהיאך איפשר לבקש ולתור אחרי רפאות תעלה נגד סתם משנה ונגד כה"פ משום תק"ע, שלא כל הרוחות שבעולם לא יזיזו אחת מני אלף מדבריהם הקדושים :

ולא עוד אלא אפילו היכא דראה המגרש קודם הנתינה את הגט והסכים למאי שליוו הב"ד לאחרים הן בכתיבה או בחתימה אפ"ה הגט בטל לגמרי, עיי"ש (דף ע"א ע"ב) במתניתין אמרו לו נכתוב גט לאשתך וכו' אע"פ שכתבוהו וכו' הגט בטל עד שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו, ועיי"ש בגמרא באוקימתא דר"א דפסקינן כוותיה (ועי' ברמב"ם פ"ב מה' גירושין הלכה ה'), ונראה מפשטא דמתני' דלהכי חזר ותני בסיפא עד שיאמר לסופר וכו' ולעדים וכו'. דאי מרישא לחוד הו"א דזהו דוקא היכא ששינו בכתיבה ובחתימה הוא דבטל לגמרי. אבל היכא ששינו בחתימה לחוד לר"א אינו אלא פסול לחוד משום מזוייף מתוכו וכן היכא ששינו בכתיבה לחוד אינו בטל לר"מ. אבל מסיפא נשמע להדיא מדנקט עד שיאמר לסופר ויאמר לעדים משמע להדיא דקפדינן גם אכתיבה לחודא ועל חתימה לחוד ובשינה באחד מהם הגט בטל לגמרי, אע"ג דבחתימה שלא לשמו אינו אלא פסול [כמ"ש תוס' דף ד' ד"ה מודה] וכן בכתיבה אליבא דר"מ כשר לגמרי אפילו במלאו באשפה. זהו היכא דלא ציוה הבעל כלל אבל היכא שציוה להם והם אמרו לאחרים בין בכתיבה או בחתימה הגט בטל לגמרי משום שינוי בשליחות וכן אם מת אחד מהם וכמו שכתבו בתוס' גיטין (דף ס"ו ע"ב) בד"ה הא כתב הגט כשר וכו' ועיי"ש בתירוצם השני, איברא לתירוץ הראשון קשיא לכאורה מסוגיא זו, שגם אם לא תיזול בתר דיוקא ופירושא דמתניתין כמ"ש דמתניתין אתיא אליבא דכ"ע בין לר"מ בין לר"א, אלא דאתיא כר"א, מ"מ קשיא מפשטא דסוגיא דאמאי קתני במתניתין שהגט בטל היכא ששינו בחתימה לחוד [שכן מוכח להדי' מדקתני עד שיאמר לעדים חתמו דאפילו כששינו בחתימה לחוד הגט בטל] הלא לר"א דאתיא מתניתין אליבא דידיה כמ"ש בתירוצם הראשון דר"י כר"א ס"ל. אינו אלא פסול משום מזוייף מתוכו ובמתניתין קתני להדיא שהגט בטל, אלא ש"מ דשינה שאני כמ"ש בתירוצם השני. וקשיא לתירוץ קמא :

אולם לקושטא נראה שגם בתירוצם קמא מודים דהיכא ששינו מיגרע גרע מהיכא שחתמו מעצמן אליבא דר"א וממלאו באשפה אליבא דר"מ. רק דהתם קאי קושייתם למאי דס"ד דכתבו כתב ידן הוא וכמלא דלא ציוה כלל על הכתיבה ולית ביה משום שינוי אלא משום דלא נכתב בשליחותו, משה"ע סברי דלא גרע ממלאו באשפה [ע"כ תירצו משום דשמואל ס"ל כר"א, ולדידיה כוונת הבעל בוודאי גם על הכתיבה, דבעינן כתיבה לשמה. רק שאינו מקפיד שהם יכתבו, ויוכלו לומר לאחר, לכן הקשה הש"ס דהוי מילי] רק בתירוצם השני צריכין לדחוק בזה כמו שסיימו שם בסוף הדיבור דהוי כאילו אמר להדיא אמרו לסופר שיכתוב וכו' יעו"ש, והא לא קשיא דהכתי נפשוט לעיל [דף ס"ו ע"ב] דכתבו הוי כתב ידן וכתב הגט, דאלת"ה אמאי פסיקא ליה לתנא דמתניתין (ע"א ע"ב) שהגט בטל כששינו אפילו באחד מהם בין בכתיבה לחוד בין בחתימה לחוד. ולא אתיא כוותן. דאי לר"מ אמאי בטל בכתיבה אם נימא דכת"י הוא לתירוצם קמא. ואי כר"א אמאי בטל בחתימה ואינו אלא פסול משום מזוייף מתוכו. אם נימא דכתב הגט הוא. ודוחק לומר דאתיא כר"י [כמבואר בש"ס גיטין (דף ד' ע"א) רק מהכרח מוקמי רב אשי התם הר"י] א"ו כתירוצם השני :

איברא ז"א דלדבריהם שם בד"ה כתב ידן הוא. אזי לא קאי איבעיא זו רק באומר לשנים כתבו משום דבע"כ צריכין לצרף עוד אחר, נמ"ה לקמן דאיירי בתלתא [כמו שפירש רש"י שם (ד' ע"א ע"ב) בד"ה הא אמר תנו וכן רהטא כל השקלא וטריא לקמן לבד לאוקימתא דאביי לקמן] ולגבי תלתא פשיטא דכתבו אתרווייהו קאי שהרי אין צריכין לצירוף אחרים בהדיה. נמצא לפ"ז דהיכא דאמר בהדיא כתבו וחתמו אזי לכ"ע הגט בטל אפילו לתירוץ קמא בתוס' הנ"ל, אחר כתבי זה הראה לי אחד הרב נ"י בפני יהושע עיקר ושורש דברים הנ"ל, ותל"י כוונתי לדעתו הגדולה שכתב [בדף ע"א ע"ב] דעיקר לדינא שגם לתירוצם קמא הגט בטל לגמרי היכא ששינו באחד מהם בין לר"מ בין לר"א וכמש"ל, לבד על קו' הנ"ל דנפשוט מלקמן איבעיא זו מהדר בתר תירוצי אחריני, ומש"ל הוא הנכון :

ב ובזה נסתלק ונסתר לגמרי האופן הראשון שב' השואל. וגם רובו מאופן השני, רק דעדיין יש מקום להתעקש דמתניתין דקתני אם מת אחד מהם הגט בטל איירי בדלא שמעו אחריני אבל היכא ששמעו אחרים מהני מדין זכייה כדעת הרא"ש קידושין פרק האיש מקדש (סי' ז'). לכן צריכינן להדורי אחרי עיקרן ושרשן. ולהראות לכל אנשי מדע ומביני לאם. דדברי רבינו אשר"י אין להם מבוא וקישור כלל וכלל לנידון זה. ולא מיבעיא לדעת הרשב"א נדרים [דף ל"ו ע"ב] דזכייה לא שייך אלא היכא שהפרים משלו על של בעל הבית משום שזכה בדבר שלא היה ברשותו, אבל משל בעה"ב על שלו ל"ש מצד זכייה משום שלא נכנס לרשותו דבר חדש ולהכי בעינן שליחות בפירוש [ועיין בקצה"ח סי' רמ"ג ס"ק ח'], אלא אפילו לדעת תרומת הדשן [סי' קפ"ח] גבי חלה, דנראה דלית ליה האי סברא, גבי חתימת הגט לכ"ע לא מהני מצד זכיה, וכל עיקר סברת הרא"ש שם הוא מצד זכייה דכיון שהוא דבר בי מילתא דלא נתברר זכות ברור ולא חוב ברור. מש"ה מהני גילוי דעת דמעיקרא מצד זכייה, אבל גבי שליחות הגט לכ"ע לא מהני גילוי דעת דמעיקרא. ותדע הכי באומר אמרו או אפילו בלא אומר אמרו רק שהם ליוו לאחרים מדעתן הכי ליתא לגילוי דעתא יותר מזה. ולא עוד אלא אפילו היכא דכתב בכת"י לסופר או לעדים שיחתמו ג"כ ל"מ בגט לדעת כמה פוסקים עיין באה"ע (סימן ק"כ סעיף ה'). אלא וודאי בגט שאני משום דבעינן שישמע מפיו דוקא כדקתני להדיא בברייתא שם [דף ע"ב ע"א] קולו לאפוקי מדרב כהנא וכ"ה דעת הרמב"ם ורמב"ן ורשב"א, לבד בתוס' מכשירין בכת"י גבי פקח דסברי דכתיבה טוב מהרכנה [ורמב"ן ורשב"א השיגו עליהם מן התוספתא דאם כתב לסופר דל"מ, ויש לתרץ דבריהם דע"כ לא סבירא להו דכתיבה דמי להרכנה רק היכא דדמי ממש להרכנה כגון שאמרו לו הסופר והעדים נכתוב ונחתום גט לאשתך והרכין בראשו, או שכתב בכת"י הן. הוא דמהני לדעתם משום דעביד מעשה בגופו בשעת מינוי השליחות ודמי ממש לקולו וכאילו ציוה להם בפירוש שיעשו שלוחים כיון שהם אמרו לו בפירוש מענין השליחות והשיב להם בכת"י, אבל היכא שכותב בכת"י לסופר שבמקום אחר שממנה אותו שיכתוב גט לאשתו. גם לתוס' ל"מ, דבשעה שעבד מעשה עודנו לא נעשה שליח ובשעה שהגיע לידו כבר נסתלק עשייתו ול"ד לקולו. וכעין חילוק זה איתא ברש"י סנהדרין (דף ס"ה) ד"ה ריש לקיש וכו' בסה"ד אבל הכנסת עצם הידעוני אינו מדבר בשעת מעשה אלא לאחר המעשה שהוא בפיו מדבר העצם מאליו עכ"ל]. אבל הענין מכריח לכה"פ דגילוי שנתרצה על הענין גבי גט לא מהני מידי שיעשו שלוחים מעצמם לכתוב ולחתום. דאע"ג דגבי קידושין מהני בזה לדעת הרא"ש שהוא מצד זכייה ולא מתורת שליחות רק דזכייה מטעם שליחות [כמו שכ' הרא"ש שם], וכ"מ להדיא מרש"י קידושין [דף מ"ה ע"ב] בד"ה ודילמא, וכן אם עשה שליח בפירוש לסופר או לעדי חתימה ומת אחד מהם. שימלא אחר מן השומעים ויחתום במקומו גבי גיטי נשים אזי כה"פ שוים בזה כיון דלא נתרצה מתחילה רק על הענין ולא על שליחות הלזה [וזהו בכלל גילוי דעתא בגיטא דלאו מילתא היא]. והיכא דאיכא גילוי דעתא על השליחות עצמו רק שלא עשאו בפירוש אזי אם היה ע"י מעשה בגופו כגון גבי פקח בהרכנה אזי לכמה פוסקים פסול מיהת מדרבנן, ואם ע"י כתיבה אזי לדעת רה"פ הגט בטל ולדעת תוס' מהני כתיבה כמו הרכנה דסברי

דחשיב

דחשיב מעשה זה כזה [כמ"ש הב"ש סי' ק"כ סק"ח ובית מאיר שם] איברא כ"ז לגבי כו"ח אבל לגבי נתינה אזי לדעת הר"פ מהני שליחות גבי נתינה אפילו בכתב אבל יש חולקין בש"ע עיין סי' קמ"א סעי' ל"ה [ובתשובה אחרת הארכתי בזה לדברי הסמ"ג שמותרין מסעיף י"ד וגם חתרתי בעזה"י אחרי מקום ומקור להחולקים שנלאו האחרונים למצוא מקורם ועי' לעיל סי' ל"ז] ולפ"ז גבי שליחות הנתינה אזי יש מקום להקל לדעת הרא"ש גבי קידושין דזה וזה שוים דאיתנהו בבי מילתי לד זכות ולד חובה ואיכא בזכיות ממשא למעשה ידיה ולמזונות ושאר דברים. איברא למה שכתבתי בס' זית רענן חלק ראשון [דף ק"ע אות י"ב] גם גבי נתינה היכא שהמגרש הלך לדרכו ל"ע גם לדברי הרא"ש, וכן בקידושין גופיה אם מת קודם שנודע אם צריכה חליצה משום דמסתבר יותר דגם לדעתו אינה מקודשת ע"י ג"ד דמעיקרא לבד רק מפני שנתרצתה בפירוש אח"כ. דע"כ בהכי איירי, דאם לא נתרצה אח"כ אפילו גבי זכייה גמורה ל"מ מידי, רק דכל היכא דאיכא זכות בהדי חובה ל"מ הגילוי שאח"כ דזכין לאדם שלא בפניו לא אמרינן רק היכא דאיכא זכות ברור בשעתי', ולזה מהני ג"ד דקודם מעשה להצטרפו בהדי הגילוי דאח"כ :

ג איברא עודנו הדבר חובה עלינו לבאר היטב דברי תוס' גיטין [דף ע"ב ע"א] בד"ה קולו וכו' וא"ת אמאי נקט וכו' וי"ל דמסתברא וכו' כיון דקיס לן שמתרצה ל"ב שמעש"ק כמו תן גט זה לאשתי וכו' ובריתא דנקט וכו' אלא למעוטי הרס דר"כ דמסתבר למעוטי עכ"ל, ודבריהם מרפסין איגרי דאיזה דמיון מלאו בדבר שהוא זכות ברור וגמור לדבר שאינו זכות גמור דדוקא בדבר שהוא זכות גמור הוא דל"ב שמיעת קול, ואי דמסתברא להו דהרכנה וכן בכתיבה כשאמרו לו כתוב גט לאשתך והשיב בכתבו הן, כיון דעביד מעשה בגופו נידון כשמיעת קול, אזי הו"ל לפרושי הכא בלא ראיה כיון שגם בראייתם לא יגהה מזורו :

ועוד דא"כ נסתר כל מלבו ויסוד דברי רבותינו ה"ה תוס' ורשב"א נדרים [דף ל"ז] הכ"ל דמידי דזכות ל"ש אלא בדבר מקנה וקנין אבל במידי דלא נכנס לגבול זה אע"ג דאית ליה ניחותא בזה ל"ש גבייהו משום דין זכייה כלל וא"כ איך למדו מדין גט זה לאשתי דהתם הוא משום זכייה ולא מדין שליחות עצמו, והלא כבר קפרו בכבלי לדק את יסוד מוסד הלזה רבותינו בעלי התוספות גם בנזיר דף י"ב [כאשר הוכיח במישרים בקצה"ח סי' רמ"ג] משא"כ גבי כתיבה וחתימה דל"ש ביה משום דין זכייה רק משום שליחות ומשא"ע הוא דבעינן שישמע קולו דוקא :

ועוד שהרי שאני כתיבה וחתימה מן נתינה דגבי כו"ח דבעינן לשמה הוא דבעינן שישמע קולו משא"כ גבי נתינה, ועיין ר"ן גיטין [דף ס"ו] שמחלק רמב"ן כן להדיא דגבי אומר אמרו בין גיטין למתנה :

ונראה דעפ"י קושיא זו עצמה אשכחנא פתרא להבין תוכן דבריהם על נכון והוא דבוודאי פשיטא להו מסברא החיצונה דבכל התורה אפילו בדבר שהוא חוב גמור מהני שליחות בהרכנה וכן ע"י כתיבה דשוין לשליחותו כמבואר, רק דנתכוונו ביסוד זה דילמא גבי כו"ח הגט דבעינן לשמה עודנה לא ירדה לתורת לשמה עד שישמע קולו דוקא שהרי אפילו לדעת תוס' לעיל [דף כ"ב ע"ב] בד"ה והא. דל"ב שליחות בכתיבת הגט ואפ"ה פסול כ"כ שנכתב שלא בציווי הבעל [אע"ג שאמר הסופר בפירוש שיכתבנו לשמן כמבואר להדיא ברמב"ם בפ"ב מה"ג] משום שלא לשמה, ולזה הניפו ידם והוכיחו בצדק דהיכא דעביד מעשה בגופו אפילו בדבר שהוא חובה חשיב כמי לשמה. שהרי גבי תן גט זה לאשתי אילו היה זכות גמור מהני בין לר"מ ובין לרבנן משום דזכייה מטעם שליחות. וכיון שכן דלית בזה מאן דפליג, וא"כ תיקשה לר' ירמיה (וביותר דקושיא ומריא זו קאי אליבא דידיה גבי אתם סופר] דס"ל לקמן (דף ס"ו ע"ב) גבי שנים ששלחו ב' גיטין דבעינן ג"כ נתינה לשמה. וכל כמה דלא שמע הבעל מפי שלוחה שנתרצית נימא ג"כ דלא הוי נתינה לשמה. שהרי מסרו לאחר. אלא וודאי כיון דזכות הוא לה דהוי כאילו נתרצית בפירוש דמי כאילו נשמע קולה, ה"כ נמי לגבי כתיבה וחתימה אע"ג דלא הוי כזכות ברור ולית ביה משום דין זכייה דכיון דעביד מעשה בגופו דאלן הסדי דנתרצה שוב לא נפיק מדין לשמה משום שלא נשמע קולו בפירוש. ואע"ג דאנן פסקינן דלא כרבי ירמיה לדעת רוב הפוסקים. הרי מדברי ירמיה נשמע ממילא גם לאביי שם דפסקינן כוותיה דבפרט זה לא נחלקו כלל ולא יעלה על הדעת דאביי יגדיל כוחו של לשמה יותר מדר' ירמיה:

ד ודע דכל מ"ש עד כה דגם בכתיבה לר"מ וכן בחתימה לר"א הגט בטל לגמרי משום שינוי בשליחות דכל זה אפי' לדעת תוס' והפוסקים דל"ב בכתיבה דין שליחות וזהו היכא שלא היה שינוי בציווי הבעל אבל היכא שציוה שכבר גילה דעתו שיהיה עפ"י ציווי והם שינו אזי הגט בטל לגמרי בין לר"מ בכתיבה ולר"א בחתימה. ואע"ג דבקידושין (דף כ"ג ע"ב) מיבעיא לן לרשב"א גבי עבד אם יכול לעשות שליח וכו' ועיין בתוס' שם ד"ה מהו לתירוץ הי"מ משום דשמא ע"י שליחות מיגרע גרע. דלא מיבעיא למסקנא דהתם משמע דלקושטא מיגרע גרע רק משום דגמרינן לה לה מאשה. אלא גם לס"ד דהתם ולדעת שאר תירוצים שנאמרו ונשנו שם על קושיא זו. מ"מ גבי גיטין שאני דאפילו היכא דליכא למיתלי בקפידה שלטובתו ולהנאתו נתכוין אמרינן דמסתמא דלעזורה קא מיכוין בזה אע"ג דבעיקר הגט מתכוין לטובתה כמבואר בגיטין :

ועיין בקצה"ח (ס' כ"א) שהקשה לר"ל לקים דס"ל דאונסא כמאן דעביד ממתניתין (דף ס"ו) דאם מת אחד מהם הגט בטל. ומתרץ דר"ל לשיטתיה דס"ל דכולן משום עדים. והניח שם בצ"ע לאידך גירסא דאונסא כמאן דעבד, ולדידיה לק"מ דשאני גבי גיטין דכל כמה דליכא למיתלי בהנאתו כמו גבי הנקה ושימוש (כדאיתא בתוס' שם ע"ס ד"ה מת) אזי בוודאי תלינן דעיקר תנאו כדי לצערה, וכל כמה דנתכוין לצערה אזי לכ"ע לא אמרינן דאונסא כמאן דעבד שהרי סוף סוף לא נצטערה, וז"פ וברור. וכעין זה איתא להדיא בגמרא (דף ע"ד ע"ב) הכי השתא התם לצעורה קא מיכוין והא לא נצטערה. והא דמדמה בירושלמי גיטין פ' מ"ש (הלכה ו') פלוגתא דאונסא כמאן דעבד לפלוגתא דרשב"ג ורבנן גבי הנקה ושימוש ומת הבן או שמת האב, שאני התם דהתם בודאי משום הרווחה קא מיכוון כמבואר בתד"ה כלל אמר רשב"ג (דף ע"ס ע"ב) וז"ל בתה"ד דהכא ודאי להרווחה בעלמא עשה כן, וכיון דמשום הרווחה דידיה שפיר י"ל דאונסא כהאי דכיון דלא איצטריך כמאן דעבד דמי :

ה ועתה נבאר במאי שחידש השואל לשמאלא דכיון דאיתי' קמן הייתו כופין אותו לגרש [כמבואר בש"ע אה"ע סימן קנ"ד סעיף ח' ט'] ואמרינן דמשום דמצוה לשמוע דברי חכמים ניחא ליה השתא נמי דליתי' קמן וחזינן ביה כבר שרצה לגרשה כדי שלא לעגנה אמאי לא נימא דמסתמא ניחא ליה לגרשה באיזה אופן שיהיה כדי שלא תתעגן. ונימא דתתגרש בעדי מסירה לבד :

לא נהירא. ואיפכא מסתברא מדברי רבותינו הקדושים. עיין ר"ן בפ' מי שהיה נשוי דל"א גבי קטינא. וז"ל ואיפשר דמתורת כפיי' נמי יורדין לנכסיו. דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו אלא דלמאן דל"ל שיעבודא דאורייתא. כל היכא דליתי' קמן אין יורדין לנכסיו, אבל בדאיתי' כופין אותו בין בגופו בין בממונו. דמצוה דאורייתא הוא עכ"ל. הרי שכל דין כפיי' ליתא אלא בדאיתי' קמן ול"א דמסתמא ניחא ליה, וטעמא מסתבר ותורתן אמת. ואין לזוז מדבריהם זיז כ"ש. שהרי כל דין כפיי' הוא עד שיאמר רוצה אני, וכל כמה דלא אמר בפירוש רוצה אני לא מהני מידי. והא דיורדין לנכסיו היכא דאיתי' קמן, אע"ג דלא אמר רוצה אני זהו בעצמו מתורת כפיי' :

וחד מחבריא פירש כוונת הר"ן בזה. טעם מספיק, דהכא שניתן רשות לב"ד לכפותו עד שא"ר, אף שכל הכאות ורדיות הללו היו למגן כל כמה שלא אמר רוצה אני. ה"כ רשות לאבד ממונו עד שיאמר ר"א. וכיון שנוכל לאבד ממונו על מגן אזי מוטב שיתנו לאיש אשר נשה בו, כן שמעתי כד הויא בלוותא חדא עם יד"נ הגאון אב"ד דפוזנא מוה' שלמה איגר ז"ל ודפח"ח [וא"ל מב"ק (דף קי"ט) דלא ניתן לאבד ממונו, דשאני התם דהוי כעין עונש על מה שכבר עבר ועל העתיד להשחית ולהפסיד, משא"כ הכא שהכפיי' כדי לקיים, מספקא ליה לר"ן דאולי גם בממונו כפינן ליה לאבדם כשם שמאבדין את גופו בכפיות ורדיות] :

איברא עודנו צריך בירור דמדברי התוס' לכאורה נראה להיפוך עי' חגיגה (דף ד' ע"א) בד"ה לא נצרכה אלא לחצי עבד וחצי בן חורין וכו' וז"ל אף קשה הכא משמע וכו' ואילו בגיטין ריש השולח וכו' וי"ל דע"כ לא מחייבי ליה אלא משום דעומד לכוף את רבו כמאן דשיחרר דמי. אבל התם כיון דמית אגלאי מילתא דלא היה עומד לשיחרור עכ"ל, וה"כ גבי שלא בפניו אמאי לא נימא כיון דעומד לכוף בעודנו כאן אמאי לא נימא כן דכמאן דכפינן ליה דמי

וגם

וגם השתא נגמור הכפיי' בממונו כסברת הר"ן, [ובשלמא בעובדא דידן שהכפיי' נולדה ע"י סיבה שנתחדשה, לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע, [כמ"ש הנמוקי יוסף יבמות בריש פ' החולץ גבי חליצת מעוברת דפסקינן דלא שמי' חליצה], א"ל שגם בזה חולקים בעלי התוס' שהרי כתבו דהתם כיון דמית איגלאי מילתא דלא היה עומד לשיחרור, אע"ג שהיה ע"י מקרה מחודשת. דהתם שאני שהפי הדבר מסבב לענין העדר מעשה. כי היכי דנימא דלא הוה משוחרר ועודנו בחזקתו כמקדם. משא"כ לענין קיום מעשה, וכבר נודע סברא זו גם בענין ברירה דדוקא לענין קיום מעשה בין בדבר מקנה וקנין או בגיטין וקידושין הוא דאמרינן אין ברירה, ולא אמרינן איגלאי מילתא למפרע. אבל לענין העדר מעשה אזי לדעת רוב הפוסקים לא תליא כלל בדין ברירה. כגון בגט כשהתנה אם מת, ולא מת, דאזי אמרינן דאינו גט והויא אשת איש בודאי לכל דבר [זולת לדעת רש"י גיטין בפ' מי שאחזו (דף ע"ג ע"ב) ד"ה ומשני וכן פירש רש"י חולין (דף י"ד ע"א) ד"ה אוסרין, וכבר תמהו בתוס' גיטין שם ד"ה תנא ע"ד רש"י אלו] והכי נמי לענין איגלאי מילתא למפרע אפילו היכא דלא תליא בברירה מ"מ היכא שהוא ע"י מקרה שנתחדשה ועיקרה תסובב על קיום מעשה הוא דל"א איגלאי מילתא למפרע, וה"נ בנ"ד שנהיתה ע"י שמת אחד מעדי החתימה דכיון דהשתא לאו בר כפיי' הוא תו לא אמרינן איגלאי מילהא למפרע אילו נודע שימות. כיון שהנידון הוא כי היכי דתתגרש שהוא כקיום מעשה. משא"כ התם גבי שיחרור כשמת העבד, ועוד דבעיבדא זו הרי נידון כנולד, דמיתה לא שכיח [כמבואר בש"ס נדרים ס"ד ע"ב] ועיין ר"ן נדרים (דף ס"ד ע"ב) בד"ה וחכמים אוסרין דנולד לא משוי ליה טעותא [וכן כתבו תוס' שם ד"ה פותחין], אבל לענין שלא בפניו אכתי יש להתווכח דאמאי לא נימא לדעת התוס' דכיון שהוא עומד לכפיי' בעודנו קמן אמאי לא נימא דנידון כאילו כבר התחילו בכפיי' כיון שלא נולד לן מקרה מחודש]:

והגם דיש לחלק בכמה אנפין. ביותר נראה לחלק ברווחא. דדברי תוס' גבי עבד לא כתבו אלא היכא שהכפיי' מוטלת על הב"ד לבד והיכנה תלויה בדעת וברצון של כנגדו כמו בחצי עבד וחצי בן חורין דאפילו כשעבד לא תבע ליה בבי דינא מ"מ הדבר חובה על הב"ד עצמו כי היכי דלישא אשה. אבל גבי בעל חוב הגם שהוא מלוה דאורייתא מ"מ כל כמה דלא תבעי' ליה לא מזדקקינן לי' לכפותו. לכן אפילו היכא דכבר תבע ליה וברח אח"כ לא עדיף מפורע חובו של חבירו והבעל חוב דוחק דאפ"ה פטור מלשלם כמבואר בחשן משפט [סי' קכ"ח ס"א] דאמרינן מפייס הוינא ליה או שאחרים שילמו בעדי לדעת הש"ך שם [ס"ק ד'] ה"ה ממילא לענין כפיי' אי איפשר לומר דכמאן דכפינן ליה כיון שעיקר הכפיי' תליא ברצון המלוה ולא בדעת ובשיקול דבי דינא לחוד תליא מילתא:

וממילא מובן דגם בנידון זה אי איפשר לדון ולומר משום דאיגלאי מילתא למפרע שהיה עומד לכפיי' בעודנו לפנינו. דכיון שהעיקר תלוי בדעת אשתו ואולי לא תתרצה לכפותו ותתפייס לילך אתו כדרך שאר נשים שתלך בכל אשר ילך. דאשה בכל דהוא ניחא לה. והשתא לא שייך לדון משום דין כפיי' כלל. דכל כמה דליתי' לפנינו אין לדון כלל משום כפיי' כמ"ש בשם ר"ן. ולית מאן דפליג כלל בזה:

והשתא נתבררו הדברים שהאשה הזאת היא אשת איש גמורה. וא"א להתירה ע"י גט בלא שליחות מן הבעל מחדש. ולא תהיה כזאת בישראל להתיר א"א לעלמא. ולא ירוס אחד או כמה רבנים לספוק בזכות הנוכחת כי המורה בזה להקל בלא דעתו של בעל מחדש. יירא. ומרה תהיה באחרונה כראש ולענה כי פורץ גדרן של עריות:

ו בנידון שמעלתו חקר לדעת. היכא דבדיעבד כשר הגט אלא שאין לעשות כן לכתחילה. אם נחשב כשינוי בשליחות. ושקיל וטרי בזה באריכות במועלות ודעת, הגם דכולהון אית להן פירכא מ"מ שעשועין דאורייתא הם. ובעיקר הדין יפה כיון, דשליחות לא נתבטל בשביל זה. וממקומו הוא מוכרע שהרי באמר לעשרה כולכם כתבו ותנו. אע"ג דלכתחילה צריכין לחתום זה בפני זה, מ"מ הגט כשר לדעת הר"ן. עי' בחלקת מחוקק (סי' ק"כ ס"ק כ"ג), וגם באמר לשנים. אם חתמו זה שלא בפני זה אינו אלא פסול [מדרבנן] [כמבואר בש"ע סי' ק"ל סעיף י"ג] ולדעת הרי"ף בפרק המגרש וסייעתו דאף עדי מסירה כרתי ועדי חתימה לחוד מהני נמי לר"א. יבטול לגמרי משום דנתבטל השליחות. דבחתימה משמע דלכ"ע בעינן שליחות, ואף את"ל דלדעת הר"י (דף כ"ג) לא בעי שליחות גם בחתימה. מ"מ יבטול הגט שהרי שינה את ציוויו. ועוד ראיה מהא דתנן גיטין (דף כ"ט) המביא גט בא"י לא ישלחנו ביד אחר אלא אם חלה. אבל בדיעבד הגט כשר. ולא אמרינן דחשיב כשינוי בשליחות. איברא כל זה היכא דלא שינו מדברי הבעל עצמו אלא שלא השלימו שליחותם בדבר התלוי בדינא. לכן לא מפלגינן בינו לבין שלוחו. אבל היכא שינו מדברי הבעל אפי' אם יש לתלות בדרך רחוקה בקפידא דבעל אזי הגט בטל לגמרי משום שינוי שליחות כמבואר בש"ע (סי' קמ"א סעיף מ"ה):

ואם ממרחק איותה נפשו. ביותר היה לו הוכיח ממה דמיבעיא לן ביומא (ד' י"ט ע"ב) דהכהנים שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא [ועיין בתוס' שם]. היה לו להש"ס לפשוט מכמה וכמה מתניתין דזבחים דקתני בהדיא בהנהו דלא שינה הכתוב עליו לעכב דכשרין. ואמאי לא נתבטל השליחות לגמרי. א"ו כי השליח לא נגרע דינו ממשלח. וכי היכי דגבי קרבנו של כהן עצמו כשר בדיעבד ה"ה נמי גבי המשלח:

ומ"ש כ"ת להביא ראיה מזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרין (בריש זבחים) ולדעת רש"י [קידושין מ"א ע"ב גבי חבורה שאבד פסחה ד"ה מנלן] דבעינן שליחות בשחיטת קדשים. לכאורה יפה כתב, אבל לקושטא י"ל. עיין נדרים (דף לו ע"ב) אי אמרת בשלמא שלוחי דשמיא הוו הייני שפיגולן פיגול. אלא אי אמרת שלוחי דידן הוו אמאי פיגולן פיגול וכו' אמרי שאני גבי פיגול דאמר קרא לא יחשב לו מ"מ. והשתא מה שנפסל בדיעבד ע"י מחשבת פסול ריבה רחמנא דלא תתבטל השליחות לגמרי מכל שכן גבי שלא לשמן דכשרין בדיעבד, וזה שהבאתי ראיה מקדשים שהינו בדבר שלא שינה הכתוב עליו לעכב. היינו ע"י מעשה בפועל [כמו במתן ד' בריש פרק ד' דזבחים] דהא לא ריבה הכתוב אלא שע"י מחשבה לבד לא תתבטל השליחות:

[ומ"ש בתוך הדברים שיהיה מוכח מזה דלא כנודע ביסודה דאין שליח לדבר עבירה המעשה בטל, שהרי הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים אע"ג דעביד איסורא. אינו כן שהרי המשלח לא עביד איסורא רק השליח לבד]:

איברא לדינא יפה כיון בזה. דהיכא דשינה השליח בדבר שמעכב לכתחילה מדינא. אזי פשיטא דלא נתבטל שליחותו ודינא דשליח כמו משלח עצמו, אבל היכא ששינה מציווי המשלח אפילו בכל דהו פשיטא דבטלה לגמרי המעשה ואינו כלום. ולא מיבעיא בדבר שיש לתלות בו צד קפידא דהשליחות בטלה. אלא דנראה לפע"ד דבעיקר השליחות לא בעינן צד קפידא כלל. כגון בכ"ד שליוה לפלוני ופלוני שיחתמו ויתנו. ובאם הם יתנו בלא עדי מסירה או שיחתום א' מן השומעים בהדי א' מן העדי חתימה. אזי אפילו היכא דליתא למצוא צד קפידא כלל וכלל אפ"ה הגט בטל לגמרי, ועד כאן לא בעינן צד קפידא אלא בדבר הלמוד ומצורף בהדי עיקר השליחות כגון דאמר ליה גרשה בימין או בעליי' או במקום פלוני שעיקר השליחות היא הנתינה. והנותר הן המה הדברים שהלמידם בהדי השליחות. אזי בכהאי גוונא הוא דצריכין לעמוד עליהם אם יש בהם קפידא אם לא [עיין גיטין ס"ה ע"א] דאזי איפשר לומר דמ"מ ה"ל קפידא. אבל בגוף ועצם השליחות אין לנו לדון ולחקור עליו אם יש בו קפידא, אלא כיון דכמו שהנידון לפנינו שינו משליחותו אזי בטלה המעשה לגמרי, וז"ב בלא גימגום:

סימן מ

בדיני גיטין

א מ"ש כ"ת להקשות בגיטין (דף ע"ו ע"ב) ותיבעי לך מתניתין לדברי ב"ש (סי' קמ"ד סק"ד) שכתב ליישב דברי רמ"ה דרבותינו עדיפא מדר' יוסי. דאפילו בלאחר י"ב חדש אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. אבל ר' יוסי גופיה לא ס"ל אלא בלאחר מיתה שזמנו מבורר. וגם לפירוש הר"ן והמגיד משנה דעיקר איבעיא הוא משום דיש לספק בדעתו דאיפשר דעיקר דעתו היה שלא יהיה הגט נגמר רק לאחר י"ב חדש שנתקיים התנאי בפועל. ומש"ה לא מיבעיא ליה אלא אליבא דרבותינו דאפילו היכא דליכא הוכחה דלית ביה ספיקא. אפילו הכי מגורשת לגמרי משום חזקת היתר ואמרינן דמסתמא היה דעתו לחול מיד במאי דאיפשר. ולהכי גם באם לא באתי ומת תוך י"ב חדש ג"כ נוכל לומר דכוונתו היה לחול מיד. אע"ג

אע"ג דאית ביה ספיקא מוקמינן לה בחזקת היתר ומגורשת. וסוף דינא כתחילת דינא דכשה באמר לאחר י"ב חדש אע"ג דליכא הוכחה מבוררת אמרינן מספיקא דדעתו היה מעכשיו, ה"ה נמי בסוף דינא, אבל לר' יוסי דבעינן הוכחה מבוררת, ומש"ה באית ביה ספיקא אמרינן דאינה מגורשת ולא היה דעתו שיחול מיד ומוקמינן לה בחזקת אשת איש, ה"ה נמי בסוף דינא פשיטא ליה ג"כ דאינה מגורשת מיד רק לאחר י"ב חדש ומש"ה לא מיבעיא לתנא דמתניתין עכת"ד:

הגם כי קשר נימא בנימא ועלתה לו ההיקף בהשכל, אבל גם לדבריו לא קשיא מידי שהרי תנא דמתניתין ס"ל דלא אמרינן כלל זמנו של שטר מוכיח עליו, לעיל [דף ע"ב] גבי לאח"מ אע"ג דאיכא זמן מבורר. ונמצא דאיבעיא זו באם לא באתי ומת תוך יב"ח לא תליא כלל בדינא דזמנו של שטר:

איברא לקושטא דמילתא נראה דגם לר"י דס"ל דלא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו רק בזמן מבורר. אפ"ה יש מקום לאיבעיא זו במת תוך י"ב חדש עוד בהדרגה יתירא יותר ממאי דמיבעיא ליה לרבותינו. והוא דהא נראה לירד ליסוד סברתם במאי דפליגי רבותינו ור' יוסי לדעת הב"ש, פשיטא שהוא מן הזרות לומר וליתלי בו"ם בדעת רבותינו דבספיקא מתירין אשת איש לעלמא, וגם אין מן הסברא כלל שדעתו להקדים פורענותא לנפשיה, היפוך ממאי דאמרינן לעיל [דף ע"ג ע"ב] בתד"ה אמר יעוי"ש, דאע"ג דאמר בפי' מהיום, ולר"י דפליג שם היינו משום דאמר בפירוש מהיום, וגם תנן להדיא במשנה [דף ע"ב] במהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט ולית מאן דפליג רק רבי משום דס"ל דודאי תנאי הוא:

לכן נראה דבעין זה מצינו פלוגתא דרבוותא גבי שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו דהוא איבעיא דלא איפשטא אם עמד חוזר. ופסק הרא"ש ב"ב [פ' מי שמת סי' כ"ג] דאינו יכול לחזור, וכל הפוסקים חולקים עליו וסברי דנשאר בחזקת בעלים הראשונים. וטעמיה דהשר"י הוא כמבואר שם בהשר"י וביותר במהרי"ט [ח"ב סי' מ"ח] שהאריך בזה משום דכל מתנת שכיב מרע בכוליה אע"ג דנתן בקנין וביפוי כח [כמבואר בש"ס ב"ב קנ"ב ע"ב] אזי היה לנו לומר דמסתמא נתן לו מהיום כמו בכל מתנה דעלמא. רק משום אומדנא שלא יניח ביתו ריקן ויתן כל נכסיו לאחרינא אמרינן מצד אומדנא זו שדעתו היה לאחר מותו, הגם דדברים שבלב אינן דברים, אבל אומדנא דמוכח שהוא בלב כל אדם מהני, לכן השתא גבי הקדש, דאיכא ספק באומדנא שוב יצא מתוקפא דאומדנא דמוכח. ולא נותר אלא דברים שבלב דלא מהני כלום, וטעם כל הפוסקים שחולקים עליו בזה [בח"מ סי' ר"נ ס"ג] נראה דפליגי עליו רק בנקודה אחת. והוא דהרא"ש ס"ל דאומדנא דמוכח מהני מצד אומדנא. ומש"ה היכא דאיכא ספיקא באומדנא דינו כדברים שבלב. ושאר פוסקים סברי דאומדנא דמוכח הוי כאילו התנה בפירוש וכיון דבמתנת שכיב מרע בכוליה הוי כאילו אמר בפירוש שלא תחול רק לאחר מותו. לכן גם בהקדיש כל נכסיו הוי כספיקא אם התנה בפירוש אם לא לכן מוקמינן בחזקת מרא קמא. הגם דתחילתו מכח אומדנא מ"מ אזלינן בתר השתא דנקטינן תכליתו דהוי כאומר בפירוש להדיא:

ובזה יש לפרש ברווחא פלוגתא דרבותינו ור' יוסי, ועוד יש להקדים הקדמה קטנה. והוא כיון דחזינן בדעת תוס' [דף ע"ו ע"ב] דסברי גבי איבעיא זו במעכשיו אם לא באתי ומת בתוך י"ב חדש. דמדינא הוי גט מיד כשמת, אלמא דפשטא דלישנא משמע ביותר שתנאו היה רק באם לא יבא וכיון שמת הרי לא יבא. לכן גם להר"ן ומגיד משנה נקטינן כן, דבכלל דבריו אית לן לעלויי ללישנא ולמימר שתלה הדבר רק בביאתו, ויתר מזה אינו בכלל דבריו רק מצד אומדנא שמאליו דאיפשר לומר דדעתו היה לתלות גם בזמן ומש"ה כל כמה דלא נתקיימו שניהם אינה מגורשת:

ולפי"ז רבותינו ס"ל דזמנו של שטר דינו ממש ודמי כאומר בפירוש מהיום, לכן גם בלאחר י"ב חדש דאיפשר לומר דדעתו היה משום שנדע מתי יכלו, מ"מ יש עילוי ג"כ, דאי מש"ה הוי ליה לחשוב מתי יכלו ויכתוב זמן ההוא, כמ"ש הבית יוסף בחשן משפט [סי' רנ"ח] והוי כספיקא באומדנא ודינו כדברים שבלב בעלמא, ולא נפיק ממאי דאמר בפירוש ואין ספק מוציא מידי ודאי, ור' יוסי סובר דזמנו של שטר גם גבי לאחר מיתה שהזמן מבורר לא מעלינן ליה כל כך ולומר דהוי ככתוב בפירוש. רק דדינו כאומדנא דמוכח. ומש"ה היכא שאין הזמן מבורר כל כך הוי כספיקא באומדנא ודינו כדברים שבלב ולא מהני מידי ואינה מגורשת:

והשתא דאתינן להכי וגם מה שהקדמנו דבאם לא באתי יש יותר לתלות דבכלל דבריו רק באם לא באתי לחוד. רק שיש להמציא ולומר שבלבו היה גם על הזמן, והשתא כיון דמיבעיא ליה לרבותינו דסברי דגם לגבי אומדנא דמוכח לא מהני מידי ספיקא משום דהדר מעלינן לאומדנא ודנין ליה כהתנה בפירוש ושוב אין ספיקא מוציא מידי וודאי. ולפ"ז גם מכש"כ באם לא באתי דיותר יש מן הסברא לומר דמעלינן ליה והוי כהתנה בפירוש דתליא ליה רק בביאתו לחוד, דהתנה בפירוש להדיא לפנינו רק על אם לא באתי, רק מצד אומדנא יש לספק גם על זמן ואית לן לומר בפשיטות דהוי גט דאין ספק מוציא מידי וודאי, ואפ"ה מיבעיא ליה אלמא דעדיפא ליה ספק זה לתלות הדבר גם בזמן. מכ"ש דהוי לן למיבעיא אליבא דר' יוסי דלית ליה כלל להעלות הדברים ממה שהם לפנינו, דכשם דס"ל באומדנא דמוכח דזמנו של שטר לא מעלינן ליה לומר דהוי כהתנה בפירוש, רק דדמי לאומדנא דמוכח. ומש"ה ס"ל בלאחר י"ב חדש, כיון דאיכא ספיקא באומדנא הוי כדברים שבלב. אזי יש לומר גם באם לא באתי מעכשיו ולאחר י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש ג"כ לא מעלינן ליה ללישנא ולומר דתליא בביאה לחוד. רק דתלי ליה בשניהם יחד. ואם תימצי לומר דבזה מודה ר' יוסי דעילויי מעלינן ללישנא דאם לא באתי יותר מזמנו של שטר דהא עדיפא. מ"מ השתא לרבותינו דסברי גבי זמנו דמוכח דהוי כאילו התנה בפירוש, (ואפ"ה) בזמנו דאינו מוכח דאית ביה ספיקא. לא מעלינן את צדדי הספק ולומר דהוי כספיקא אם התנה בפירוש. וכמו בשכיב מרע שהקדיש. ולדעת רוב הפוסקים מוקמינן בחזקת מרא קמא. וה"נ אם ננקוט את הספק אם התנה מעכשיו או לאח"מ. ואזי היה מן הדין ג"כ לאוקמה בחזקת אשת איש ואינה מגורשת. אלא נקטינן את הספק בתורת ספק אומדנא דמוכח ונידון כדברים שבלב לבד והוי מגורשת וודאי. ואפ"ה באם לא באתי מספקא להו משום דנקטינן גם את צדדי הספק שבו להתנה בפירוש שתליא ליה גם בזמן. א"כ מכש"ש לר"י דתיבעי ליה מש"ע גופה דיחשב כספק אם התנה בפירוש גם על הזמן, אם לא, ועיין היטב. שהרי לרבותינו מעלינן טפי את היסוד מני ספק העומד לעומתו, משא"כ לר' יוסי. שהרי לרבותינו מחשבינן זמנו של שטר כבפירוש, ואת הספק בזמנו שאינו מוכיח יחשב רק כספק אומדנא. ואפ"ה באם ל"ב מחשבי הספק כמו היסוד גופיה. נשמע ממילא דגבי אם ל"ב לר"י יחשב מיהת הספק כמו עיקר היסוד. שהרי לר' יוסי גבי זמנו של שטר מסלק הספק את היסוד לגמרי, ואינו גט כלל. ולרבותינו אמרינן להיפוך שעיקר היסוד מסלק את הספק לגמרי והויא מגורשת גמורה. ואפ"ה באם לא באתי חשיבא כספק מגורשת משום דאלימא להו ספק זה. א"כ מכל שכן לר' יוסי דאלים ליה גם ספיקא דזמנו של שטר:

ובזה יתיישב לן היטב מה דקשיא לן. מידי שמתי עיוני בזה. לדברי רמב"ם [פ"כ מה' איסורי ביאה הלכה ט"ו] דאם עד אחד מעיד שזה כהן אין מחזיקין את בנו לכהונה על פיו, [ועיין בזי"ר חלק ראשון דף ל"ח ע"ב ד"ה ועפ"ז]. ולפ"ז לדעת הר"ן והמגיד משנה גבי איבעיא זו דספיקא הוא מדינא ולא משום גזירה מאי קא קשיא ליה ותיבעי ליה מתניתין היכא דהתנה בפירוש מעכשיו אם לא באתי. דעד כאן לא איבעיא להו אלא היכא דעיקר היסוד רפוי. אע"ג דחשבינן ליה בשעתו כמו מעכשיו, מ"מ כיון דלא מצטרפין גם לחזקה בהדי יסוד. ה"נ אע"ג דטפי שכיחא לתלות דעיקר תנאי היה רק על אם לא באתי לחוד ולא על הזמן. מ"מ לא מצטרפין ליה בהדי יסוד רפוי. אבל בהתנה בפירוש מעכשיו לא מיבעיא ליה כלל. דכיון דעיקר היסוד אלים וחזק בשעתו. אזי מצטרפין בהדיה לתלות במידי דשכיח והוא שגירסה רק על תנאי באם לא באתי לחוד:

איברא לדברינו הנ"ל ניחא מדמיבעיא ליה אליבא דרבותינו בעל כרחך צריכין לומר דחשבינן ליה את הספק כספק השקול ודמי כאילו היה הספק לפנינו אם התנה בפירוש גם על הזמן. דהשתא אם תימצי לומר דשכיח יותר. הרי לא מתחשבת ליה כספק אומדנא דמוכח, ולא מהני מידי לאפוקי מילתא ממאי דפירש. שהרי לרבותינו דמחשבי זמנו של שטר כבפירוש. מכל שכן דתנאי דאם לא באתי מיחשב טפי כפירושו, וכמש"כ לעיל:

ב **ועפ"ז** הצעת הדברים הנ"ל יתיישב לן דברי רשב"א גיטין [דף ע"ז

ע"ז ע"א] ד"ה לא נחלקו. מה שמביא בשם בעלי תוס' לדחות ראיות הגאונים דאין הלכה כרבי יוסי בגיטין ממה דאתקין רב בגיטין לכתוב מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדרבי יוסי וכו'. שהוא רק להחמיר וכו', ור"י ז"ל בעה"ת כתב דאיכא למימר דרב פסק כר' יוסי בתנאי בכתב, אבל לא בעל פה יעו"ש. ויש להבין דמידי טעמא לחלק ביניהם הוא רק משום דאמרינן דהדר ביה מזמנו של שטר. הן נמי הוכל לומר דחזר ביה מן יומא דנן. גם יש להבין בסוגיא גופיה במאי דאמרינן שם [דף ע"ב] ללישנא קמא, דרב הונא קאי ארישא ומשום דמספקא ליה אם אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו בעל פה אם לא. וללישנא בתרא קאי אסיפא. אמאי לא אמרינן בלישנא קמא. דרב הונא קאי בין ארישא בין אסיפא. [וא"ל משום דהוי כס"ס, חדא דדמי לשם אונס חד הוא, דהרי כולה מילתא משום ספק חזרה הוא. ועוד דהוי כנגד חזקה, שהרי בחזקת זקוקה עומדת]. ובשלמא ללישנא בתרא אי אפשר לומר דקאי רב הונא גם ארישא דא"כ לא תיבעי חלילה. שהרי פשיטא ליה דאפי' בעל פה הלכה כר' יוסי. גם יש לדקדק דבאיזה סברא פליגי. דלדידיה מספקא ליה בעל פה, ולר' יוסי פשיטא ליה דאפי' בעל פה אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו:

ולתמצית דברינו הנ"ל מובן הכל על נכון בעזה"י. עיין בחידושי רשב"א שם גבי לכשתצא חמה מנרתקה [דף ע"ו ע"ב] ד"ה אמר אביי, דרש"י סובר דגבי לאחר לא אמרינן אליבא דאביי זמנו של שטר מוכיח עליו אפי' לר' יוסי. אע"ג דגבי כותב נכסיו לבנו לר' יוסי דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו דנין ביה כאילו כתב מהיום. וז"ל שם דאיכא למימר דממונא שאני דאיכא לקיומי כוליה לישנא. גופא מזמנו של שטר ופירא לאחר מיתה. אבל הכא ל"א זמנו של שטר מוכיח דהא לאחר מיתה קאמר ולא מהיום. ומיהו כשאמר בהדיא מהיום ולאחר מיתה מימר אמרינן מתוך שאין אדם עשוי לחזור בו בתוך כ"ד חוששין דילמא תנאה הוא מהיום מגורשת ולכשימות יעוי"ש:

הנה האיר לנו במתק שפתיו למ"ש לעיל לאחר עיון הדק היטב, והוא דאביי ס"ל דזמנו של שטר לא הוי כאילו התנה בפירוש להדיא, רק כאומדנא דמוכח. ולהכי לא נקטינן את המוכיח הלזה רק כשנתברר הענין לגמרי על ידו, כגון גבי מתנה בכותב נכסיו לבנו מהיום ולאח"מ. וכן נמי בגיטי נשים בתנאי דאם. אבל בלאחר דגם אחרי המוכיח הזה לא יתברר הדבר כולו, רק לספק תנאי או חזרה. וכבר הקדמנו לעיל דכל היכא שהדבר בעצמותו אינו ברור לגמרי תו לא מצרפינן אפי' חזקה גמורה בהדיה, כמ"ש הרמב"ם [פ"כ מה' איסורי ביאה הלכה ע"ו] הנ"ל. ומכל שכן ספק השקול. שהרי לתלות הדבר בתנאי הוא מילתא רחוקה: כיון שלא אמר בפירוש. רק מחמת שאין אדם עשוי לחזור בו אפי' תוך כדי דיבור הוא דמחשבינן ליה לתנאי. איברא דווקא היכא דהתנה בפירוש מהיום ושני לדדי הספק שקולים המה. שהרי דכשם שספק תנאי היא מילתא רחוקה, כן נמי לצד הספק דחזרה כמובן. אבל היכא שלא אמר בפירוש מהיום רק מזמנו של שטר לחוד. שעיקר היסוד לא אלים כולי האי תו לא נוכיח עוד ולתלות בספק תנאי. כיון שעיקרו אינכו חזק ואמיץ כל כך כהתנה בפירוש. [ואין לטעות בסברת רשב"א דדווקא תוך כדי דיבור הוא דאינו עשוי לחזור בו הוא דמספקא לן לתלות מילתא בתנאי, משא"כ בזמנו של שטר שהוא לאחר כדי דיבור תלינן יותר בחזרה ולא בתנאי, שדבר זה רחוק מן הדעת. ואדרבה יותר שכיח לתלות בחזרה תוך כדי דיבור מן לאחר כדי דיבור שכבר נגמר ונשלם הענין. וכ"מ מכמה דוכתי ואכ"מ להאריך בזה]:

ולפ"ז מובן דבהאי טעמא גופא הוא דפליגי הני לישני אליבא דר"ה, דללישנא קמא אמרינן דגבי לאחר ל"א זמנו של שטר מוכיח ומשום טעמא דכתיבנא דל"א דזמנו של שטר הוי כמפורש ממש אלא כאומדנא דמוכח. ומשה"ט גופא מספקא לן נמי אם גם בתנאי בעל פה משום דהגד מילתא דלא ברירא בשעתו הלינן בחזרה אע"ג שאין אדם עשוי לחזור תוך כדי דיבור מכל שכן לאחר כדי דיבור]. [וא"ל דא"כ יסתלק המוכיח לגמרי כמו בלאחר דמשום ספק חזרה נסתלק לגמרי ומתייבמת. דשאני גבי אם מת משום שגם זולת הזמן אמרינן דאם שתי לשונות משמע. דמשמע מעכשיו ומשמע לאחר מיתה. והשתא בהדי הזמן נשאר מ"מ בספק וחולצת]. אבל ללישנא בתרא דרב הונא דאפי' בלאחר שגם אחרי הוכחה דזמן לא יהיה אלא כספיקא. ואפ"ה אמרינן זמנו של שטר מוכיח, ש"מ דדיינינן ליה כמפורש לגמרי. וממילא מוכח דאפי' בעל פה נמי ותו לא מספקינן בעל פה משום חזרה. דחזקה שאין אדם עשוי לחזור. ולפי"ז מתורץ כל הקושיות הנ"ל דתו א"א לומר דלישנא קמא דר"ה קאי בין ארישא ובין אסיפא. שהרי עיקר היסוד דמספקינן אי אמר ר' יוסי בעל פה הוא מסתעף רק ממאי דלא ס"ל זמנו של שטר מוכיח עליו גבי לאחר, וכן נכונים דברי רשב"א שמביא בשם ר"י דיומא דנן הוא משום תנאי דבעל פה דה"ט דדוקא גבי זמנו של שטר שהוא רק כאומדנא דמוכח וכמילתא קלישתא בשעתיה הוא דתלינן בחזרה משא"כ היכא שכתוב בפירוש מהיום דאזי אפי' בתנאי דבע"פ שהתנה באם דאזי מצרפינן לחזקה בהדיה דמסתמא לא יחזור [ולע"ק על הטור (סי' קמ"ד) שמביא בשם הרמ"ה לחלק בין תנאי שבכתב לתנאי שבעל פה. שהרי השתא כתבינן בכולהו גיטא מן יומא דנן]:

ג ומ"ש הרב השואל לתרץ קושייתו [המובא באות א'] כיון דמוקי הש"ס התם בגיטין [דף ע"ו ע"ב] דמתניתין איירי בהאמינה שלא באתי שוב לא שייך סברת רמ"ה דלהכי נכתב הזמן בגט כדי שנדע מתי כלין הי"ב חודש שהרי איפשר לו שהאמינה גם על כלות הזמן. לכאורה יפה דיבר. איברא יש לדחות דמ"מ הזמן עדיפא ליה שהרי אי איפשר להאמינה בגיטי נשים דלא אתייהיב למחילה אלא במאי שתלוי בדעתו. כגון על שלא באתי ושלא פייסתי דאמרינן שדעתו היה מעיקרא וכאילו התנה שאפי' אם יבא ויפייס והיא תאמר שלא בא ושלא פייסה תתגרש ומהני שפיר שהרי בידו לגרשה בכל אופן שירצה. כמבואר שם בפוסקים וה"ט דשליש דנאמן לרב חסדא גם בגירושין משום הימני' יעוי"ש [בסוגיא דשליש גיטין ס"ד ע"א ובתוס' ד"ה שליש וד"ה שאני]. ולפי"ז הדבר מובן ממילא דהיכא דהאמינה על הזמן. אזי נאמנת לומר היום כלה הזמן מן י"ב חדש כיון דהיום נפיק גיטא מתותי ידה. איברא אם תאמר אתמול כלו הי"ב חדש ועודנו לא נפיק גיטא מתותי ידה בלתי היום. עודנו החשש במקומו דאולי נמסר הגט לידה היום ואי איפשר שתתגרש למפרע. ושוב א"א להאמינה גם מהיום והלאה למ"ד [ב"ב קל"ד ע"ב] דלא פלגינן דיבוריה גבי גרשתי את אשתי הס נאמן למפרע. ואפי' למ"ד דפלגינן דיבורי'. פעמים שנשאת מאתמול ולא נראה הגט יוצא מתותי ידה בלתי היום. כי לא נודע אתמול שהיתה בחזקת אשת איש בלתי היום, והמרה היום שכבר כלו י"ב חודש מאתמול דלדבר זה וכדומה לזה לא מהני הנאמנות, ומשום הכי כתב הזמן בפירוש:

כ"ד ידי"נ דוש"ת הק' משה יהודה ליב.

סימן מא

ב"ה יום א' ח"י מרחשון בתורה לפ"ק קוטנא.

מכתבו היקר קבלתי ביום ו"ו עש"ק העבר. והנה עיקר שאלתו בדבר מעשה ב"ד מאדעם. לאשה שישבה עגונה. והביאה מעשה ב"ד משם שנתגרשה ולא נתקיים. וע"י זה תתעגן:

א הן עיקר הדבר מחלוקת רבוותא הוא. ותליא בפירוש הסוגיא בסוף המביא פ"ב. אשה מהי מטא גיטא לידה איגרשא. דלדעת הרמב"ם [פרק י"ב מהל' גירושין ה"ב] ורש"י שם וסייעתיה. א"צ לומר בפ"נ ובפ"נ. ולדעת הראב"ד וסייעתיה אינה נאמנת לומר בפ"נ. ודמי לשליח להולכה שנתן לה הגט ולא אמר בשעת נתינה, שגם אם נשאת תצא. לדעת תוס' גיטין [דף ה' ע"ב] בד"ה כילד וכו'. ולדעת הרי"ף מובא בהשר"י בפרק המגרש [סימן ו'], ולדעת ר"ה ורמב"ם והשר"י שם, גם גבי קיום אם נשאת לא תצא. ועיין בפנ"י שם [דף ה' ע"ב] שדעתו שגם ר"ה שהוא ראש המדברים בפסק הלכה זו. דגבי פסולין דרבנן אם נשאת לא תצא. מכל מקום גבי קיום שהוא משום חשש זיוף ס"ל דתצא. והוכיח כן מסוגיא זו [דף ה' ע"א] דמוקמינן שם הברייתא לרבה לאחר שלמדו וכשניסת. ואפ"ה קתני בסיפא דאם לא נתקיים פסול. ובע"כ צ"ל דתצא. ולא מלינן שרבה יחמיר יותר גבי קיום מרבא ועיי"ש:

וזה יש לדחות בפשטות. כיון דגבי קיום יש סברא להחמיר יותר משלשה גטין פסולים כמובא בהשר"י שם ובב"י [סי' ק"נ] בשם הרמב"ן [וכן מסתבר בעצמו. דהא כיון שחשו חז"ל לחשש זיוף. כמלא

ממילא

ממילא דלא נתגרשה מעולם והיא בחזקת א"א מדאורייתא. משא"כ בג' גיטין פסולים שהוא רק מחששות דרבנן מצד אחר]. אבל להיפוך להחמיר יותר גבי ג' גיטין פסולים מגבי קיום הוא מן הזרות לכ"ע. וכיון שכן תו לק"מ. דמהיכי תיתי נחמיר גבי קיום לרבה ממה דס"ל לרבה. שהרי לרבה בע"כ צ"ל דס"ל שגם גבי ג' גיטין פסולים דאם נשאת תלא. [כמ"ש תוס' שם ד"ה כשניסת], ומכ"ש גבי קיום. אבל לדידן דפסקי' כר"י בהמגרש [דף פ"ו ע"א] דגבי גג"פ דלא תלא. יש מקום לומר שגם גבי קיום נמי לא תלא :

איברא מה שהדקדק מלישנא דברייתא [שם ע"ב] דקתני לר"מ הולד ממזר ולחכ"א אין הולד ממזר. משמע ממזר הוא דלא הוי. אבל מודו דתלא, הוא דקדוק קלוש :

ובעיקר הדבר גבי קיום. הן גבי שליח להולכה. והן באשה עצמה, דהניחם שווים לדעת הרא"ד וסייעתיה. בהא ניסת נראה דתליא במחלוקת הריב"ש [סימן שע"ט ש"פ] ומהר"ם מרוטנבורג [סי' תקע"ב], דריב"ש הניח ליסוד מוסד דהך דאין מעידין הוא מדאורייתא דאין מעידין משמע שגם אם ניסת תלא. ואי מדרבנן די דלכתחלה לא תנשא. הרי דס"ל דכל שעיקר החשש הוא מדרבנן. אע"ג דלבתר דחששו אסורה מדאורייתא. מכל מקום לא תלא. ומהר"ם בתשו' [ס"ם תקע"ב] פליג על יסוד זה. וס"ל דהך דאין מעידין הוא מדרבנן. וז"ל שם ויש מקומות שהחמירו חכמים ולא חשו לעיגון כמו במים שאל"ס וכן בראוהו מגוייד או לצוב וכו' עכ"ל. הרי דס"ל שגם בדרבנן בכגון זה אם נשאת תלא, ועיין כתובות [דף כ"ג] בתוס' ד"ה מ"ש רישא. משמע להדיא ג"כ דסברי שגם בדרבנן תלא. ועיין ב"ש סי' קמ"ב ס"ק ד', ובזית רענן בחלק אה"ע ה"ג ס"א אות ה' [דף נ"א] שהארכתי שם בדברי ריב"ש עיי"ש, ועיין בריב"ש [סי' שפ"ה] שמביא כמה גדולי פוסקים דסברי כדעת הרא"ד שדין אשה עצמה כדין שליח להולכה שלא אמר בפ"נ. ומסיים שם שמעולם לא שמע מי שמיקל בזה למעשה, וכן מובא בלשונו בש"ע סי' קמ"ב סי"ג, ובסי' קנ"ב ס"ע מביא בהג"ה רק דעת הראשונה וסמך עצמו אדלעיל :

לכן לא אוכל להקל בזה כלל. ולהכניס ראשי בין ההרים גדולים האלו מאן ספין ומאן רקיע. וחלילה להקל בזה גם במקום עיגון ושעת הדחק עובא, להתירה לכתחילה. בפרט שבאם כנים הדברים ליכא שעת הדחק כל כך. שהרי בווארשויא אלל הגאון אב"ד דשם נ"י נקל הדבר להתקיים. או שיכתוב יד"נ הגאב"ד דשם לאדעם. ואת פני כבודו לא ישיבו ריקם :

ומה דמיקל הרמ"א בש"ס קמ"ב גבי שליח שלא אמר בפ"נ והגט מקויים ואינם מכירין חתימת דייני קיום. זה פשוט שהוא רק כשהגט והקיום מעשה ב"ד לפנינו. והוא מפני שרחוק הדבר שזייף חתימת העדים והדיינים. וזה מבואר בש"ך [סי' מ"ו ס"ק מ"ו] שמביא כן בשם הריטב"א. ומסיים שם וז"ל וכ"ש הכא דסברא טובה הוא דלא מזייף לעדים ולדיינים. וא"כ מה שמשיג מעכ"ת על כב"י מה"ת [סי' קל"ו] הגם דהשתא ליכא ריעותא ממה דליתא לגיטא בידה. כיון שהמנהג עפ"י ש"ע שהרב המסדר הגט גונזו אללו. מ"מ המעליותא כבר נפל בבירא ואזדא ליה. ועיין בס' זית רענן [ה"ג סי' ו'] כעין שאלה זו, והקלתי שם מפני שהיה חת"י הבעל מקוים, ואל יתמה על מה שהזהרתי מלהקל בזה, שהרי בתשו' מהרי"ן ל"ב שהביא מעלתו הרמה, הגם שהוא מחמיר שם באותה תשו' [סי' א' ח"ב] מ"מ מסיים שם והמיקל לא הפסיד. דזהו מפני שיש מיעוטא דמיעוטא דסברי דמעשה ב"ד א"צ קיום, ולאשר נראה בעליל דרובא דרבוותא חולקים ע"ז, נראה לי לומר שגם המקילין לא הקילו אלא היכא שנודע לנו בטוב, שאם הדיינים הקבועים שמה הן המה כשמות החתומים על מעב"ד, רק שלא נודע לנו איכות וטיב חתימתן, ובזה הוא שהקילו במקום עיגון ושעת הדחק. מפני דלא חשידי לזייף חת"י דיינין הקבועים מפני דמירתת טובא במילתא דעבידא לגלויי כי האי. אבל היכא דלא נודע כן לפנינו. אזי לא מירתת כל כך, דלעולם לא יותפש כבדאי בזה. שהרי לעולם יכולין לומר דתלתא מעלמא אתו להתם ואזדו להו למקומם. [ועיין בתשו' הרשב"א מובא בבית יוסף ח"מ סי' מ"ו סעיף ע' כעין סברא זו]. ובפרט בכרך גדולה כזאת והיא על חוף ימים שהדבר הווה ומצוי שכמה אינשי דלא מעלי באים שמה מעלמא. ומזדקקים עלמן לכו"כ תחבולות מרמה, ובפרט לגיטין וקידושין :

ב **ובעיקר** דברי תשו' רשב"ץ שהפליא עליו בעל הט"ז ס"ס קמ"ב [ומה שחשב מעלתו הרמה לייחב, דעיקר טעמיה הוא משום דלא חיישינן לזיוף במעשה ב"ד. לא משמע כן בב"י. שהרי הקדים שם שהדין פסוק בשני התלמודים שגם מעב"ד צריך קיום. ואעפ"כ סיים שם שהמעשה ב"ד שאינו מקויים עדיף מעד א' האומר בפ"נ. וע"ז יפה תמה בט"ז], ונראה ליישב ע"פ דברי ריטב"א הנ"ל. רק דל"ל דמוסיף קלת להסביר עוד בזה. דדמי לכעין ספק ספיקא. חדא דלמא טמעב"ד אינו מזוייף ואת"ל שזייף את הקיום עדיין יש לספק על חתימת העדים. ואע"ג דאיכא חזקת א"א חדא כיון דעיקר החשש דמזוייף הוא מדרבנן. וכהם דהיכא דאיכא ג' ספיקי מקילין בדאורייתא, ה"נ בתרי ספיקי בדרבנן במקום חזקה [לדעת הש"ך יור"ד סימן ק"י בדיני ס"ס ס"ק כ"ח] ועוד דאשה דייקא ומינסבא מרעא ליה לחזקת א"א גם אפי' בלא ברי שלה :

ג **אמנם** נראה דזהו דוקא היכא שהקיום היה בפני עצמו על השליחות של קבלה דוקא כמובן, וכו נזכר גם הגט ועדים החתומים [דאזי יכולין הספיקות להתהפך. דאף אם תימלי לומר שהגט מזויף, דלמא חתימת הדיינים מקויימים. וגם כן מגורשת שגט אחר היה ביד השליח לקבלה ונאבד ממנו]. אבל היכא שהקיום כתוב על הגט עלמו. אזי גם כשתימלי לומר דבכהאי גוונא לא בעינן שיכולין להתהפך. דמקדם לריכין לדון על הקיום ואח"כ על הגט, ודמי לספק על וכו'. מ"מ כיון שהקיום כתוב על הגט ליכא ס"ס כלל דסוף סוף ליכא אלא חד ספיקא אם חתימת העדים מזוייפת אם לא. ומשום האי טעמא מסיים דבכהאי גוונא עדיף מעד א' דפשיטא לי' דס"ס כהאי עדיף מע"א. רק דיש לומר דדמי לס"ס בתרי גופי דלא אמרינן. כמו שהוכיח הרא"ש בסמ"ג מהא דתנן דטומטום אינו מוליא גם את מינו אע"ג דאיכא ס"ס דלמא הוא זכר ואם תימלי לומר שהוא נקבה דלמא גם אידך כמוהו, ועיין בזית רענן באה"ע [סי' ה' הלכה ג' אות ג'] תירוץ אחר על קושיא זו. משום דדמי לדברי תוס' נדה [דף כ"ט] גבי מפלת תשב לזכר ולנקבה ולנדה יעויי"ש. וה"נ גבי טומטום אם בפעם אחר יוליאו טומטום אחר אזי נימא להיפוך. והבאתי שם שכן מלאתי בטורי אבן בר"ה שם, [ועיין מה שכתבתי בהגהות והערות לאו"ח סי' תקפ"ט ליישב תמיהת הדרוש וחדוש ע"ז] :

נהדרין לעניינא דעסיקנא בהון בקלרה שיש מקום להליל את דברי רשב"ץ מקו' בעל הט"ז, והוא שגם דבש"ע קילר בדבריו. אבל בב"י [בסי' קמ"ב] מובא דאיירי בשליח, ואיפשר לומר דאיירי בשליח לקבלה דאיכא כעין ס"ס וכמ"ש. ואע"ג דדמי לשני גופים. איפשר לומר דרשב"ץ ס"ל כדעת רשב"ם ב"ב [דף קל"ד ע"ב] גבי יש לי בנים דנאמן משום ס"ס. ואע"ג דהוי בשני גופים. כמ"ש בזית רענן שם, ובהאי דטומטום ס"ל כתירולא של טורי אבן. ואין להקשות מתשו' ריב"ש [סי' סי"ח] דכתב שליחות אע"ג שהוא מקויים וגם הגט בידו לא מהני כשלא אמר בפ"נ, משום דחיישינן דלמא אבד ממנו הגט שנמסר לידו אז כשנתקיים השליחות בב"ד וגט זה מזוייף הוא. ונמלא שלא נתקיים הגט בחותמיו ולא בתקנת חכמים, דהתם איירי להדיא בשליח להולכה דמיד שיש לספק לגט אחר שוב לא תוכל להתגרש בו. משא"כ בשליח לקבלה דאפי' כשלא נתקיים חת"י ב"ד במסירת השליחות מ"מ איכא ס"ס. האריכנו עד כה כדי לתת קלת מקום לדבריו. הגם שמלשון הרשב"ץ משמע יותר דאיירי בשליח להולכה. מ"מ יש לדחוק בלישנא כדי לתרץ עיקר דבריו. [וספר רשב"ץ ותשב"ץ אינם בידי, אח"ז ראיתי במכתבו הנחמד שמביא תשו' תשב"ץ בזה דאיירי בשל"ק ונהניתי] :

ד **ומש"ב** כת"ה דבמקום עיגון ושעת הדחק דמי לניסת ומביאו לזה דברי רש"י גיטין [דף י"ט ע"א] ד"ה לסמוך, לא כן הוא. דהתם הוא להיפוך דניסת לא גרע משעת הדחק דקתני להדיא דהלכה כר"ש בשעת הדחק. אבל לא להיפוך דשעה"ד שוה לניסת לא נשמע כלל מזה ואיפכא מסתברא. ורא"ה לזה מגיטין [דף ה' ע"א] דמקשה בש"ס על רבה ת"ש המביא גט ממדה"י ונתנו לה ולא אמר בפ"נ וכו' אם נתקיים בחותמיו כשר וכו' ומשני לאחר שלמדו והאמרת גזירה שמא יחזור הדבר לקלקולו כשניסת. [ועיי"ש בתוס' ד"ה כשניסת] ומקשי הש"ס אי הכי הוי לא הולרכו וכו' להחמיר עליה אלא להקל עליה וכו'. ואם נימא דמקום עיגון ושעה"ד שוה לניסת אמאי לא משני הכא דאיירי בשעה"ד. ובזה ידוקדק היטב דלא

דלא הוצרכו וכו' להחמיר עליה אלא להקל עליה כדי שלא תתעגן ותיתיב כשיבא הבעל ויערער :

ועוד ראיה ברורה לזה מסי' קס"ד סעיף ז' כשילדה היבמה ומת בתוך ל' יום יעויי"ש בהגה"ה שגם באשת ישראל והיבם הלך מכאן. דלא אסרינן אשה על בעלה משום ספיקא דרבנן. וזה פשוט שהם הוא במקום קרוב שצריכה לילך אחריו. אלא ודאי דאיירי במקום רחוק. ואפ"ה דוקא כשכבר נשאת. אבל לכתחילה לא תנשא אע"ג שהוא רק חשש דרבנן [דמדאורייתא אזלינן בתר רובא] ושעת הדחק במק"ע :

ומה דקשיא ליה לרו"מ נ"י דאם כן לתני' גט שאינו מקויים בהדי ג' גיטין פסולין, אתמה עליו הלא זה מבואר שם בגמ' [דף פ"ו] מנינא דסיפא למעוטי וכו'. ובפשטא נראה דמוקים למתני' כר"מ. ובשלשה גיטין תליא בפלוגתא דרב ור"י. אפי' לר"מ ולר"י דפסקינן כוותיה. אזי גבי ג' גיטין פסולים אפי' לר"מ לא תצא. ולגבי קיום לר"מ הולד ממזר [והא דקשה ליה לתוס' ד"ה כשניסת [בדף ה' ע"א] דלרבה ליתני בהדי ג' ג"פ, היינו היכא שנתקיים ולאחר שלמדו. דאזי אפי' לר"מ לא תצא. וע"ז תירצו דרבה ס"ל בג' גיטין תצא והכא לא תצא. היינו כשנתקיים ולאחר שלמדו]. ועיין בחשר"י שם בפ' המגרש שמביא דעת ר"ה גאון דס"ל דבכל פסולי דרבנן אם נשאת לא תצא. והאי דקתני גבי שלום מלכות אם נשאת תצא אתיא כר"מ. אע"ג דבסוגיא שם לא מתרצינן כן אלא למ"ד תצא יעוי"ש. ולכאורה קשיא דזהו עד דלא מסקינן מנינא דסיפא. אבל למסקנא בוודאי אתיא כר"מ. דזה אינו לדעת תוס' ורי"ף דסברי גבי קיום משום חשש מזוייף אם נשאת תצא [אפי' לר' יוחנן דפסקינן כוותיה גבי ג' גיטין פסולין אם נשאת ל"ת]. א"כ אכתי איכא למימר דמתניתין כרבנן והאי דלא קתני אם לא אמר בפ"כ בהדי גג"פ משום דהתם תצא והכא לא תצא. רק לרב דסבר בג' ג"פ אם נשאת תצא בע"כ צ"ל דמתני' כר"מ משום דזהו מילתא דפשיטא. דדין גט שלא נתקיים לא גרע מדין גג"פ. וכמ"ש לעיל על קו' פ"י [באות א'] :

ה מה שפילפל מעכ"ת בדברי הגאון מוהר"ש ז"ל בתשו' רע"א [סי' קע"ג] מה שתירץ דסוגיא דהכא דאיירי בניסת לאחד מעדיה וכיון שכן אם תודה תצא מזה ומזה. שגם לגבי השני איכא חזקה דאין אשה מעיזה ולא כחוש שמא עיניה נתנה באחר. כיון דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה השני מסייע לה הוא דבר השכל והרוץ. איברא עיקר הגמגום שהדא ביה. דגם אם תטעון ברי א"כ. מ"מ נאמר שהיא יודעת בבירור כאשר אמרה מקודם. ורק משום שעיניה נתנה באחר, הוא דבר סברא ויש מקום לנטות לכאן ולכאן. דבשלמא בדליכא עדים כלל ואזי נאמנת לגמרי לסלק חזקת א"א משום דיוקא דידה דאמרינן דבודאי לא תוכל להעיז נגדו להכחישו. לכן המליא דגם שאח"כ תודה לבעלה. יש מקום לומר משום שעיניה נכ"א. אבל לגבי תרי ותרי דלית לה הימנותא כלל וכלל. והראיה שהבא עליה באשם תלוי קאי. אלא ודאי דבמקום עדים כבר הוחזק הדבר לפנינו בספק ע"י הכחשת עדים. ובמקום עדים לית לה הימנותא כלל כמבואר בר"ן ובפוסקים, והדברי שלהם הוא רק להוציאם מן הספק. ומשום האי טעמא כשתודה א"כ שוב נשאר הדבר בספיקא דאוריי'. ולזה כיון גם בני הרב נ"י תיכף בהראותו במכתבו, ואנכי שדיתי ביה נרגא כיון דסוף סוף צ"ל דבקל דאין החששא דעיניה נתנה באחר. שהרי אפי' במקום קלא דלא איתחזק דשרינן לה גם לכתחלה להנשא ואפ"ה לכ"ע שאם תודה אח"כ אמרי' דתצא מזה ומזה. כמבואר בהגה"ה סי' מ"ו כמ"ש שם בעצמו. ואע"ג שהיתה נאמנת לגמרי אפי' מדאורייתא נגד קלא דלא איתחזק. ועתה היאך יעלה על הדעת היכא שהיתה בחזקת א"א. רק שהיא נאמנת מחמת תקנת חכמים. משום חזקה דאין אשה מעיזה. וכשיבא הבעל לקמן ותודה לדבריו וחוזרת ממילא לחזקת א"א דמעיקרא ולדינא דאורייתא נימא אז שעיניה נתנה באחר והשב תחת בעלה. ונפקותא רבה בזה לדינא לדידן היכא שאומרת מת בעלה ובא בעלה כשניסת לאחר ויאמר שהיא אשתו ותודה לדבריו. ואין מי שיכירנו עתה כגון שילא בלא חתימת זקן וכו'. דנראה דמילתא דפשיטא הוא דלא תלינן לומר שעיניה נכ"א דלא נגרע חזקה שלימה מקלא דלא איתחזק קמי נשואין. ובעיקר קו' הגאון האמיתי מהע"א זלוק"ל תירצתי תירוץ נכון מבואר בזית רענן [ח' י"ד ה"ב סי' י"א אות ו'] ועיי"ש :

ו גם מה שכתב מעכ"ת בשם ספר יהושע דאשה שנתחזקה בחזקת

אים ואומרת נתגרשתי בב"ד פלוני. דנאמנת בדיבורה בלא גט ובלא ראיה מחמת מילתא דעבידא לאיגלויי כהאי לא משקרי ספרו אינו בידי, אמנם לא אשא לו פנים בזה אשר הפריז על המדה להקל ולהרוס יסוד מוסד דאין דבר שבערוה פחות משנים. ואעידה לי עדים נאמנים נגדו. עיין יבמות [דף מ"ז ע"א] גבי גר שאמר נתגיירתי בפני ב"ד פלוני דפליגי בזה ר"י ורבנן. ואנן פסקינן כרבנן [בש"ע יורה דעה סימן רס"ח סעיף י'] ואפילו לר"י הוא רק גבי גר זכר מפני דחזינן דמהול. ולא חיים כל-כך בחוץ לארץ לגבעוני. ואין לך שעת הדחק ועיגון גדול מזה. שאתה אוסרו בבת ישראל, וגם בכותית, דלפי דבריו ישראל הוא ונמלא במדינות שאינם מזדקקים לו [בזה"ז] בי דינא למובלו בפניהם ולהטיף ממנו דם ברית. יתעגן ויתלבן ראשו. [אך יש להתעקש בזה דשאני התם כיון דאין מאמינים לו ואמרינן דאכתי כותי הוא. לא חיישינן לעיגון דידיה]. ועוד ראיה ברורה לזה מדברי תשו' הריב"ש [סימן קנ"ה] שמאריך שם בזה וימלא שם דאפילו במילתא דעל"ג ביותר כגון שאומר שנתקדש החדש בב"ד שבירושלים דנאמן גם עד אחד כמבואר בראש השנה [דף כ"ב ע"ב] שהוא רק מפני דע"א נאמן באיסורין שגם גבי איסור חמץ וכרת דיוה"כ מ"מ מילתא דאיסורא הוא. אבל בממון אינו נאמן אפילו במילתא דעל"ג כהאי. וכן בדבר שבערוה א"כ. דילפינן דבר דבר ממון [ודברי הריב"ש מובאים בקצרה בח"מ סימן ל' בהגה"ה סעיף י"ד. ועיין בהגהות והערות שם מה שכתבנו בדבריו]. וכיון דמדאורייתא א"כ שוב ליכא לאיפלוגי בין שעת הדחק ומקום עיגון. ועוד דבין לגבי גר שהבאתי לעיל ובין במילתא דקייל לן הריב"ש דאינו נאמן בדבר שבערוה. נשמע ממילא אפילו להחמיר כגון גבי גר אם קידש בת ישראל. או היכא דאתא עד אחד ואמר נתקדשה ע"י אביה בב"ד פלוני. וכל היכא דאינו נאמן אפילו להחמיר בדאורייתא. אזי פשיטא דאינו נאמן להקל במקום עיגון ושעת הדחק. ועוד כדמות ראיה לזה מהא דמקשו רבוותא בהא דכתובות גבי עד אחד אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה [בדף כ"ג ע"א] תיפוק ליה אפילו כשאינו מכחישו הלא אין דבר שבערוה פחות משנים ודחקו בזה טובא ואמאי לא מוקמינן בפשטא כגון שאמר נתקדשה בב"ד פלוני, וכן שם גבי ע"א אומר נתגרשה ביותר הו"ל לאוקמי דאיירי בהאי גוונא. רק השתא דחזינן שע"א מכחישו. שוב נפל בבירא החזקה דעל"ג :

לכן נראה לפענ"ד שאינה נאמנת וזה ברור לולא שיש שם עוד טעמים אחרים. ומה שביקש ממני להאריך ולהליע הדברים באריכות. לא אוכל למלאות שאלתו בזה. שכן דרכי זה שנים כבירים. וכן הזית רענן חלק ראשון הוא בקילור נמרץ. וקשה עלי הדבר לצאת מדרכי :

דברי ידיד נפשו ואוהבו.

הק' **משה יהודה ליב** בן הרבני מוה' **בנימין** זצללה"ה.

סימן מב

בדיני חליצה

אחדש"ה אתמול קבלתי מכתבו עם דברי תשובתו הנחמדים. ואשר ביקש לחוות דעתי בדבר העגונה הרכה בשנים בת הרבני המופלג נ"י והוא שעת הדחק ועיגון כי היבם עודנו קטן בן ח' שנים וחלום ומי יודע מתי יביא ב' שערות ולאשר הייתי אתמול מוטרד מאד ביום ובלילה רק היום פניתי מעט לגודל הפלרות ונחילות אבי העלמה מוכ"ז. לכן אציא כעת דברי הרהורים שנפלו ברעיוני הנוגעים לפלפול ולברר הדברים היטב. כי יאריכו בדיו ואין הפנאי מסכים לזה ומטעם זה לא אשתעשע אתו בדבריו הנחמדים כאשר אותה נפשו הטובה והיקרה מפניניס, ולא אכתוב פה רק ההכרח להלכה למעשה כאשר יורני השוכן שחקים :

וגופא דעובדא הוי באשה זו שמת בעלה ביום י"א תמוז ובאור ליום ז' בניסן ילדה וולד שנגמרו שעריו ולפרניו [והיתה מקשה לילד בערך ה' ימים ונרגש הולד בכל הימים האלו, לפי דברי אביה] והיה שמה רעש גדול בבית בעבור היולדת וסלקו את הולד למקום

אחר

אחר ולא השגיחו אז על הולד כלל. ולאחר שעה מינוטין הביטו בילד והתחילו לנפוח בו שנדמה להם שנתעלף יען כי היה במראיתו כשאר ילדים החיים, ולאחר שנפחו בילד שני זכרים כשהיה ויראים זה אחר זה יותר מחמשה מינוטין, התחיל פני הילד להשתנות ומת, והאשה אחת העידה לפני בד"ל דק"ק זעלחאוו, בזה הלשון, כשנולד הולד היה אדום און מיך האב גידאכט אז עס האט איין לאפעל גיטאן עס האט גירירט מיט דעם הענטיל, עכ"ל תורף מגביית עדות מב"ד הנ"ל [הגם שלא ניכר לי חתימת ידם מסתמא ניכר היטב למעכ"ת] ואח"כ העידו לפני מעכת"ה ובדה"ל שילא הולד לאויר העולם האט עס גירודערט און גיוואֿרפין מיט דעם הענטיל:

א **הן** מבואר בשו"ע [סי' קנ"ו סעי' ד'] דכלו לו חדשיו ויצא חי לאויר העולם אפי' רגע אחת פטורה מן החליצה ומן היבום, ולדעת רמב"ם שם בעינן ט' חדשים גמורים, וברמ"א שם מביא בשם י"א דעתה נשתנה הטבע ויולדת למקוטעין רק דבעינן ח' חדשים שלמים של למ"ד יום, ויום א' בחדש ט'. ומעתה בולד זה נראה דלכ"ע כלו לו חדשיו אע"ג דלא אמרינן שיפורא גרים ביולדת לט' חדשים לדעת רמ"א כמבואר, [ועי' בב"ש סי' ד' ס"ק י"ע שמביא בשם תוס' ואגודה שחולקים ע"ז דאפי' בט' חדשים נמי אמרינן ש"ג], מ"מ כבר עברו יותר מרובו של חדש בחדש התשיעי מן יום המיתה והלאה, ואפי' לדעת רמב"ם דבעינן ט' חדשים גמורים מ"מ לדעתו גם כן כלו לו חדשיו מדאורייתא משום דנגמרו שעריו וציפורניו כמבואר במגיד משנה [פ"א מה' יבום ה"ה] ולולא שהשגיחו על שעריו ולפורניו היה חשש דאורייתא אפי' כשילא חי מפני שטבלה בר"ח תמוז הרי שלא נתעברה מקודם ואם נחשוב ג' ימי קליטה כמ"ש תוס' יבמות [דף ל"ז] וגם למלאות ד' חדשים חסרים נשאר רק מאתים ותשע ושמים יום, ואף רע"א בעינן והוי דינו ככפל גם מדאורייתא, כיון דלדעתו אינה יולדת למקוטעין רק מפני שהשגיחו שנגמרו שעריו וליפורניו אזי ילא מחשש דאורייתא אפי' לדעת רמב"ם ונגד חששא דרבנן שחששו רק לכתחלה שהרי כשנשאת לכהן מותרת בלא חליצה כמבואר בש"ס שם [דף ל"ו] ובפוסקים [וש"ע סי' קס"ד ס"ז] יש לסמוך על דעת רמ"א ואחרונים דעכשיו גם יולדת לט' חדשים יולדת למקוטעין:

ב **ועתה** נעמוד על המחקר אם עובר יש לו ג"כ חזקת חי, ולפענ"ד נראה ברור דיש לו חזקת חי כמו שאר בני אדם, וראי' ברורה לזה ממתני' דאהלות [סוף פ' ז'] ביושבת על המשבר ילא ראשו [היינו פדחתו כמש"ש הר"ש והרע"ב ורא"ש, ועיין בכורות (דף מ"ו:) מבואר שם כן, ועיין בש"ך (סי' י"ד סק"א) דגם ברוב פדחת הרי הוא כילוד] אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש, [וכ"פ הרמב"ם וש"ע חו"מ סי' תכ"ה ס"ב], ואמאי הרי הולד הוא בספק שלא היה לו חזקת חיותא מעיקרא, ואמו היא בודאי בסכנה, ומוטב להניח את הספק כדי להציל את הוודאי, שהרי מבואר בירושלמי שמחוייב להעמיד את עצמו בספק סכנה כדי להציל את חבירו שהוא בוודאי בסכנה, עי' בסמ"ע [סי' תכ"ו סק"ב] וזה פשוט דבילאת רוב הפדחת ליכא שום הכרה אם חי הוא או מת, ועיין סוטה [דף מ"ה ע"ב] מאין היו מודדין וכו' ר' עקיבא אומר מחוטמו דעיקר חיותא באפי' הרי כל זמן שלא ילא החוטם לא ניכר בו סימנא דחיותא ואפ"ה נידון כבריה שלימה משום שבשעה שנכנס לחדש התשיעי לדידן דיולדת למקוטעין או לדעת התוס' דגם ביולדת לט' אמרינן שיפורא גרים כבר יש לו חזקת חי והיא חזקה מבוררת בשעתה, ועיין תוס' נדה [דף מ"ד ע"א] ד"ה איהו וכו' דבילא ראשו חייב ההורגו עליו, ואפי' בלא ילא ראשו כלל, מספקא להו אם חייב ההורגו [היכא דמתה אמו לאחר שישבה על המשבר דאזי לא אמרינן דהולד מיית תחילה], אבל כשילא ראשו היינו פדחתו כדאי' בבכורות [דף מ"ו ע"ב] אע"ג דליכא שום הכרה דחיותא בו חייב, אלא ודאי דיש לו תורת חי בעלמותו:

ואין להקשות דהא בערכין [דף ז' ע"א] ביושבת על המשבר ומתה דמביאין סכין דרך רשות הרבים להציל את הולד וקמ"ל דמספיקא מחללין שבת אע"ג דלית ליה חזקת חיותא מעיקרא, הרי לכאורה נראה להיפוך יעוי"ש, דלא מיבעיא לדעת רש"י שם בד"ה ומקרעין דזימנין דמיקרי דאיהו מיית ברישא עכ"ל, וכיון דעפ"י רוב הולד מיית ברישא מש"ה לית ליה חזקת חי מעיקרא, ואפי' לדעת תוס' נדה הנ"ל דיושבת על המשבר לא אמרינן שהולד מיית ברישא מ"מ מלילין את העובר אפי' היכא דמספקינן אם הוא בר ז' או בר שמנה ואכתי לא היה לו חזקת חי כלל, [ועי' ר"ן ס"פ יוה"כ דגם היכא שלא מלאו לולד מ' יום מחללין עליו, ובתוס' נדה הנ"ל מבואר דגם על הגוסס דרובן למיתה מחללין], וכיון שכן הוי בכ"ד כחזקה המבוררת בשעתה דאם מיית העובר

במעי' אזי מסתמא נשמע הדבר בעיר שאינה מרגשת את הולד וכל כה"ג קלא אית ליה [ודומה למוחזק באחין ולא בבני דהוי כחזקה אלימתא], משום דכיון דלא נשמע שמן מנהו דנין אותו כשאר חזקה המבוררת בשעתה אזי לכ"ע אזלינן בתרה אפי' כשנמלא מת אח"כ, ואפי' לדעת תוס' במס' חולין [דף י"א] ד"ה אתיא דמטרפינן הגבינות, זהו בחזקה שלא נתבררה בשעתה, וגם אפי' לדעת הט"ז יור"ד [סי' שנ"ז] דהתם עיקר סברתו משום דעשוי' להשתנות שכל החיים סופם למות, משא"כ בעוברין, שאין רוב העוברים מתים משילאו לאויר העולם:

והשתא דבררנו שגם משעה שישבה על המשבר יש לולד חזקת חי, אזי פשיטא דע"א נאמן אפי' בעד מפי עד ואפי' אשה ועבד נאמנים להתירה לשוק, דמידי טעמא דמיבעי' לן [ביבמות (דף נ"ג ע"ב) גבי ע"א ביבמה למישרי יבמה לעלמא, מבואר בתוס' נ"ד תד"ה כי] הוא משום דלא דייקא כל כך מפני דסני' ליה, ועיקר טעמא דלריכין לסוג זה הוא משום דבר שבערוה ואיתחזק איסורא, וכבר נודע שאפי' בדבר שבערוה ולא איתחזק כלל דפליגי רבוותא אם נאמן ע"א כמו בשאר איסורין, עי' ר"ן בסוף סוגיא דשלים דרמב"ן ור"ן פליגי בזה והארכנו בס' זי"ר חלק ראשון [ולעיל סי' ל"ד א'] אבל היכא דאיתחזק להיתרא אזי פשיטא דלכ"ע נאמן מדאורייתא כמו בשאר איסורין ואזי לא לריכין לבוא כלל לסוגיא דדייקא ומילתא דעבידא לאגלויי דלא גרע מאיסורין דעלמא, והכא בכ"ד שיש לעובר חזקת חי דמעיקרא משעה שישבה על המשבר דנעקר ללאת ויש לו חזקת חי בעלמותו [כמ"ש שם תוס' נדה מ"ד] לכל הפחות משעה זו והלאה, לכן בכגון זה נאמן ע"א מדינא אפי' להתירה לשוק, דעד כאן לא מביא הרמ"א [בסי' קנ"א ס"ג] דעת הרא"ש רק במת היבם משום דמעיד נגד החזקה, ואזי לריכין לבוא לטעמא דדייקא, דוק בלישנא דהרמ"א שם שלא הביא דעתו דרך כלל דהיכא דמתירה לשוק אינו נאמן:

ובאמת בדעת האסר"י יבמות [פרק יו"ד סי' ז'] עמדתי זה כמה שנים דס"ל דאפי' מת בעליך ואח"כ מת בנך אינו נאמן ואמאי כיון דלא לריכין כלל לטעמא דדייקא, ואמינא משום דאיתרע עדותו, דשפת יתר הוא להעיד על מיתת בנו כלל, מבה"ע הוא דחששו שנראה בעליל דמשקר בזה ונתכוון לקלקלה, ומשום שירא שיתודע לה מיתת בעלה ומיתת בנה ותעמוד על המחקר לידע מי מת תחלה וכמ"ש תוס' ואסר"י שם, אבל לדינא לא הביא רמ"א דעתו רק במת יבמה משום שמעיד נגד החזקה להדיא וגם בזה רוב הפוסקים מתירין:

גם בעיקר עדותה שנראה כסותרת את עלמה אע"ג דמאין יודע ליודע לא חשבינן כחוזר ומגיד כמבואר בר"ן פ' שבועת העדות [דף ל"א] מ"מ משמעות לשונה בתחלה בשעת הגי' לפני הבד"ל משמעו שגם אז בשעת ראי' נסתפקה כמ"ש יד"נ מעכ"ת נ"י, אבל נוכל בקל ליישב דברי' שמתחלה לא נסתפקה רק על תנועת כל הגוף, אבל לא נסתפקה גם מתחלה על תנועת היד שזה היה ברור לפני' גם מתחילה, וכן משמעות לשונה להדיא:

ג **עוד** נראה לאפוקי כחו דהיתרא דאפי' לדעת המחמירין ביותר דאזלינן בתר השתא, זהו דווקא במקום מציאתו עיין נדה [דף ד'] גבי קופה [וכ"פ הרמב"ם פ' י"ז מה' שאה"ע ה"ב], אבל שלא במקום מציאתו לא אמרינן אלא לתלות, ובזה לכ"ע אזלינן בתר חזקה דמעיקרא, ובנידון דידן נמלא מת אח"כ שלא במקום שילא לאויר העולם, בוודאי אזלינן בתר מעיקרא, בפרט דיש לתלות שע"י נפיחה נות ומשעה שראו השינוי בפניו:

עוד נראה להוסיף בזה שיש לבנות מוסדות החזקה של חזקת חי של העובר גם מן החיה הנכרית שהגידה קודם שילדה שהעובר חי ובפרט שכל הנשים שהיו אללה בשעה שנתקשה לילד הרגישו את הולד, שהרי כל החזקות שסוקלין ושורפין עליהן עיקר יסודם גם על פי עלמם וע"פ קרובים כמבואר בשו"ע [סי' י"ט] ומידי דהוי כמו שנאמנת החי' כל שבעה, ובפרט בכל כה"ג דכמעט נמסר לנשים שהיו נכנסות ויולאות שם וכולן הרגישו את הולד, אזי נאמנים אפי' אם נימא דגם בכה"ג אין ע"א נאמן להתירה לשוק, מ"מ בדבר זה בודאי נאמנין כיון דלאו על עיקר מילתא דערוה קא מסהדי, ודמיא לדברי הרי"ף יבמות פר' החולץ [דף ל"ט ע"ב] גבי אישתמודעינהו דהוא אחוה דמיתנא דהוי כגילוי מילתא בעלמא, ויתר מזה מלאנו בדברי רבותינו, ועי' בנימוקי יוסף גבי פלוגתא דר"י ור"כ וז"ל אמר המחבר ומ"מ יכולין העדים לסמוך וכו' ע"פ נשים ועבדים המשמשין אותו כו' ועי' בחלקת מחוקק [סי' קמ"ו ס"ק ד'] דהוחזקה נדה בשכינותיה

הוא

הוא ע"פ נשים ובפרט בכה"ג דכ"ד שהגידו הנשים בשעת מעשה לפני האנשים כשרים שנפחו בילד שהולד חי כי הם הרגישו את הילד במעי אמו, וזרזו אותם שישתדלו היטב בולד הנולד למען ישאר חי, אזי בכה"ג בודאי נאמנים היו אז כעדים גמורים כיון דלא נתכוונו להעיד כלל, רק להצילו מחבלי המיתה, ונודע דברי הרמב"ם [פ' ט"ז מה' סנהדרין הלכה ו'] בע"א שהעיד שהוא חלב ואח"כ אכלה א' דחייב מלקות כיון שכבר נתחזק עפ"י אחד וכל מקום שעד אחד נאמן אפי' אשה וקרובים נאמנים, ומכ"ש בכה"ג. וכיון שנתחזק חזקת חי של הולד בעלמותו טרם שיצא לאויר העולם, אזי פשיטא דלכ"ע נאמנת האשה שראתה התנועות של חיות הילד משיצא לאויר העולם, כיון שהחזקה מסייע לה, אזי לא מיבעיא אליבא דדינא כאשר סתמו הב"י והרמ"א פשיטא דנאמנת. איברא כבר כתבנו דגם לדעת הרא"ש דאפי' במת בעלה ואח"כ מת בנו אינו נאמן, כבר כתבנו טעמו בזה, אבל בכ"ד דלא נראה לפנינו שום שמץ מילתא דשיקרא אזי אפי' לדעת הרא"ש שמחמיר יותר בכה"ג דכ"ד פשיטא דנאמן ואין בזה שום גמגום:

כן נלפענ"ד ברור דהאשה זאת מותרת להנשא לכל גבר דתיצביין, רק צריכה היתר ב"ד [כדין נישאת ע"פ עד אחד] שישבו ביחד ויתירו לה להנשא לכל מי שתרצה:

יום ב' ב' ניסן תרט"ז לפ"ק קוטנא יע"א.

כ"ד יד"נ דוש"ת באהבה ומחמת נחיצות המוכ"ז קצרתי,

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מו"ה בנימן זללה"ה:

סימן מג

בעזה"י ובס"ד פה עיה"ק ירושלים תובב"א.

בדיני קנס, וממנו יסתעף לכמה ענינים, וכלל נמרץ בכל מילי דזכות וקניי' ובפרטותיהן.

א עיין שיטה מקובלת בבא קמא [דף ט"ו ע"ב] ד"ה ולענין פסק כתב הרב המאירי, שמביא דברי ראב"ד דפלגא נזקא שאני משאר קנסות שנפטר לגמרי ע"י הודאת המתחייב, ובפלגא נזקא אמרינן ליה דמחויב ליתן לו רק דלא כפינן ליה כל כמה דליכא עדים, ואי תפס לא מפקינן מיניה, [וכן הביא הרשב"א ב"ק ל"ו בשם הראב"ד דגבי פלגא נזקא בהודאתו בלבד ז"ל שלים אמרינן ליה] וכ"ה בנ"י לענין תפיסה לבד, ועיין במגיד משנה [פ"ט מה' נזקי ממון הלכה י"א] שהוכיח שגם הרמב"ם ס"ל כן, וגם מש"ע [סי' ת'] מוכח כן, שהרי בדאיכא עדים וא"י אם תמים או שעורים ל"ש דינא דרבה בר נתן [כמבואר שם], ובשני שוורים תמים בקטן וגדול פסקינן שם דבדלא תפס פטור מכלום ובתפס שקיל כדברי המזיק, ובע"כ צ"ל דליכא עדים כלל בשעה שהזיקו דא"כ אפילו בלא תפס נמי [ועי' בש"ך שם ס"ק י"ב], וגם דמיירי בדאיכא עדים כשתפס, דאל"כ אפי' כדברי הניזק נמי לשקול דנאמן במיגו [כמ"ש הרמ"א סי' שנ"ט ס"ג ובכמ"ע סי' א' ס"ק י"ט], אלא בע"כ צ"ל כדברי הראב"ד הנ"ל:

והנה כל עיקר הטעם על השתנות הזה משאר קנסות כתבו מפני שחבירו נפסד על ידו משא"כ בשאר קנסות, איברא הש"ך [סי' ת' ס"ק י"ג] הקשה ע"ז דכיון דבגמ' משווינן פלגא נזקא לשאר קנסות בסוף פרק קמא דבבא קמא לענין הודאה וכן בפרק שבועת העדות, מנלן להפריד בין הדבקים משום סברא קלה כזו כיון שאינו מוכרח מן הש"ס, דמסוף פרק המניח דמקשינן מגדול וקטן על רבה בר נתן ליכא לאוכוחי מידי, דהקושי' קאי אליבא דרב פפא דסבירא ליה פלגא נזקא ממונא:

ונראה לפענ"ד שהראב"ד וסייעתו היה להם יסוד מושגב מש"ס לחדש כזאת, דנראה מכמה דוכתי דבכל מילין דמתחיל מעכשיו ולא נגמר לגמרי ותלוי במעשה שיתייליד אח"כ, הגם שנגמר הדבר עד תומו וקנוי הדבר ההוא ביד הזוכה למפרע משעה שהקנה לו, מ"מ אם מכרו או הקדישו הזוכה בנתיים טרם שנגמר הדבר, אזי מיתלא תלוי בזה, באם לא היה ביד הנותן לדחות ולסלק קיינו של הזוכה לגמרי אזי קיינו והקדשו דזוכה קיים למפרע, אבל בדבר דחזינן שהיה ברשות הנותן לסלק זכות של הזוכה, הגם שלא עקר ולא סילק בנתיים זכות של הזוכה כלל, מ"מ אין במכירתו והקדשו של הזוכה כלום טרם שנגמר לגמרי, והטעם מובן מעלמו דאין שתי ידים זוכות כאחת, ואם ביד אידך לבטל זכייתו לגמרי אזי אין ביד הזוכה להקנות לאחרים, הגם שנסתיים הדבר שלא ביטל זכייתו ונשאר למפרע ביד הזוכה בו מ"מ מכירתו והקדשו שבנתיים בטל ונפקע לגמרי:

וראיה מוכרחת ליסוד זה למעיין היטב ב"ב [דף קכ"ה ע"ב] אמר רבה מסתברא טעמא דבני מערבא, דאי קדמה שבתא וזבנה זביני זביני, ע"ש בפי' רשב"ם ובאלפסי ובדברי רמב"ן במלחמות ה' באריכות שפירשו דכיון דיש כח ביד הראשון לבטל זכיית השני לגמרי נידון מזה דאחריך לאו כאומר מעכשיו, וממילא היכא שאמר מעכשיו בפירוש שוב אין ביד הראשון לבטל זכייתו דשני, אלמא דמיתלא תלי' בזה היסוד [ולקמן באות ב' נבאר שגם לדעת הרז"ה שלא פירש כן מ"מ נ"ל דבעיקר היסוד מודה לכולהו רבוותא]:

ועוד ראיה מדברי רמב"ן במלחמות ה' בפ' כל שעה בסוגיא דלמפרע הוא גובה וז"ל דע"כ לא קאמר אביי למפרע הוא גובה אלא במקרקעי ושטר דכיון דאי כמי זבין ואקדיש אתי מלוה וטריף כי מטא זימני' ולא פרעיה איגלי מילתא למפרע דברשותיה הוו קיימי לוה לא מצי מזבין מלוה מזבין, אבל במטלטלי כיון דאילו זבין ואקדיש או הורית לוה פקע שיעבודיה איסתכה דהשתא הוא דקני, לוה מזבין מלוה לא מזבין דליכא מילתא דתרווייהו מזבני הי דמר לאו דמר, עכ"ל הצריך לענייננו, [ואף דרמב"ן שם, לבסוף מסתפק בזה, הוא מטעם אחר, כמ"ש באות ז']:

ועוד ראיה מסוגיא דהמקדיש מעשה ידי אשתו [כתובות דף נ"ח ע"ב] דאמר ר"ל מתוך שיכול לכופה למעשה ידיה נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן, אלמא דווקא משום דיכול לכופה הוא דיכול להקדיש ידיה לעושיהן אבל לר"ה כיון שתוכל לומר איני ניזונת ואיני עושה ל"מ אפי' כשהקדיש בפירוש את ידיה כמבואר בר"ן שם [ולקמן באות ח' נבאר שגם לדעת רמב"ם שם דס"ל דגם לר"ה מהני כשהקדיש בפירוש, הוא מטעמא אחרינא, אכן בעיקר יסוד זה לא פליג, ותדע שהרי ס"ל להלכה דאחריך לאו כאומר מעכשיו, ובאומר מעכשיו אין הראשון יכול למכור (עי' בפ' י"ב מהלכות זכי' ומתנה הלכה י"ב), וכפירוש הרב אלפס בדברי רבה דמסתברא טעמיה דב"מ, הרי יסוד זה מוכרח מגמרא להדיא]:

ועיין בפרק מרובה [דף ע"ה ע"א] דפליגי רב ושמואל במודה בקנס ואח"כ באו עדים, וסבי דבי רב סברי אליבא דרב דאפי' כשאינו מחייב את עצמו בכלום פטור, ורב המנונא סבר דדווקא כשמחייב א"ע בקרן הוא דפטור לרב ופסקינן כוותיה [כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מה"ג הלכה ט'], וא"כ קשיא לסבי דבי רב דפטרי, דהא מבואר להדיא בפרק המניח [דף ל"ג] דלר' עקיבא אם הקדישו הניזק קודם העמדה בדין מהני אע"ג דבקנס לא זכי לי' רחמנא עד שעת העמדה בדין, דשאני בפלגא נזקא דגלי קרא ומכרו את השור החי וכו' דלמזיק ולניזק אזהר רחמנא כמבואר בתוס' שם ד"ה א"ב, דשאני קנס זה משאר קנסות דזכה בו למפרע כשעמד בדין אח"כ, ומש"ה מהני הקדישו של הניזק קודם העמדה בדין, דכיון שעמד בדין אח"כ זכה למפרע:

ולפי יסוד הנ"ל תשוב קושיא עצומה לסבי דבי רב דכיון שהמזיק יכול להפקיע ולבטל זכייתו דניזק לגמרי שאפי' כשיביא עדים, כבר נפטר ונתבטלה זכייתו, השתא נמי שלא הודה היאך יתקיים זכייתו למפרע בהקדישו שהקדיש, אלא ודאי זאת התורה הוא משום דשאני קנס דפלגא נזקא משאר קנסות, שלא נפטר לגמרי ע"י הודאתו רק דלא נוכל לכופו, ואדרבה הודאתו מחייבתו שעל ידה מהני תפיסה דאידך אפי' כשתפס בעדים, דהשתא כיון דלסבי דבי רב דאלימא לכו הודאה בכל הקנסות דאפי' כשבאו עדים אח"כ פטור אפי' כשאינו מחייב את עצמו בכלום, מ"מ בפלגא נזקא דגלי קרא דימכרו את השור וכו' דל"מ הודאתו לפוטרו לגמרי, מכש"כ לרב המנונא דפסקינן כוותי' דהיכא שאינו מחייב א"ע בקרן שלא נפטר ע"י הודאתו, מכש"כ דל"מ הודאתו בפלגא נזקא לפוטרו לגמרי [ועוד דיש מקום לומר שגם בפלגא נזקא דמי קצת למחייב את עצמו בקרן וקשיא נמי לדידן, והטעם לפי דמ"מ מהני הודאתו דהשתא שנעשה מועד ע"י אח"כ, ועי' ב"ק (דף כ"ד) בתוספות ד"ה במכירין בסה"ד, ואין להקשות מתוס' ב"ק (דף מ' ע"ב) ד"ה אי תם שכתבו להיפוך, דהתם בשואל שאני שיכול להחזירו קודם שיעשה מועד ולא מחייב א"ע כלום, משא"כ גבי בעלים, ושמעתי אח"כ דסברא זו דחשיב כמחייב א"ע בקרן לענין העדאה שאח"כ כ"כ בנ"ב, ועיין בהשמטות]:

ואין לומר בעיקר הקושיא שכתבנו שהוא עיקר היסוד שכתבנו לתרץ דברי ראב"ד, דכיון דכל עיקר הקושיא הוא לסבי דבי רב והוא רב הונא [כמ"ש תוס' ב"ק דף ע"ה] ולטעמא דידיה דס"ל ב"ב [דף קכ"ה:]

דבעל

דבעל ירית לה דאחריך כאומר מעכשיו אע"ג דאי קדמה שבתא וזכתה זכיה זכיני, ולכאורה נראה דלדידיה לית ליה יסוד זה כלל, איברא לקושטא נראה דליתא, דכיון דנראה בעליל מדברי רבה שהיא סברא פשוטה, דכיון שהכח ביד השבתא למוכרו לאחרים שוב לא ניתן הכח ביד ברתא למוכרו או להקדישו, וגם אם מכרה ל"מ מידי, אפילו כשנשתיים מילתא שלא מכרו הראשון וכמ"ש הרמב"ן במלחמות בסוגיא דלמה"ג, וגם שם בב"ב. אלא דר"ה ס"ל דבעילה כל דהו נסתלקה הראוי דבעל, וכיון שאשתו היתה מוחזקת בקה"ג בחייה תו לא חשבינן ליה לראוי לגבי ירושת הבעל, דהאי ראוי דבעל מראוי דבכור, דבעינן גביה שיהיה ראוי לתת דוקא, וכל שלא היה ביד אביו לתת לאחרים הוי ראוי לגבי בכור, משא"כ גבי בעל דל"ב ראוי לתת, ולהכי ס"ל דכיון דאשתו היתה מוחזקת בקה"ג בחייה שוב לא נחשב לראוי לגבי בעל, וכ"ה בהדיא ברשב"ם [קכ"ה:] בד"ה אמר ר"פ דדוקא לגבי בכור הוא דבעינן ראוי לתת ע"ש [ועמ"ש בזה לקמן בדיני נחלות סי' אות ז'] ומעתה דברי הרא"ד שרירין וקיימין ונכונים הדברים בעזה"י להולכים במשרים ולמוצאי דעת:

ב **עתה** יתבאר דביסוד זה לית מאן דפליג, דאפי' לפירושו של רז"ה דפירש דגם רבה ס"ל דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו, בע"כ נ"ל דס"ל דכל שאידך יכול למכור ולסלק זכיותיו תו לא מהני אם נתנו הזוכה לאחרים, הגם שנשתיים הדבר שלא נפקע זכותו כלל, דאלת"ה אכתי אמאי הוי ראוי לגבי בעל הלא אין לך ראוי עדיפא ביותר מגבי בכור, וגבי בכור גופיה כל שראוי לתת לאחרים יצא מכלל ראוי, ואכן פסקינן [ברמב"ם וש"ע סי' רנ"ז ס"ה] דהיכא דנתנו לבנו מהיום ולאח"מ ומכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דקנה לוקח כר"ל, וה"נ כיון דברתא זכתה בקנין הגוף מעכשיו ואם נתנה לאחרים הגם שמתה בחיי השבתא מ"מ כשמתה השבתא אח"כ קנה הלוקח, וכל שראוי לתת יצא מידי ראוי לגמרי, א"ו דהאי הכא כיון שתוכל השבתא להפקיע זכותה, שוב אין בידה לתת לאחרים, דדוקא באחריך הוא דיכול הראשון למוכרו לאחרים אע"ג דקנין הפירות של הראשון לאו כקנין הגוף דמי דפסקינן כר"ל, משום דאחריך שאני כדאי' בגמ' [דף קל"ו:], אבל בנתנו לבנו מהיום ולאח"מ שאין האב יכול להפקיע ע"י מכירתו זכותו דבן כדתנן להדיא במשנה שם, מכר האב מכורים עד שימות, ומש"ה כשמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב קנה לוקח, לפי שאין ביכלתו דאידך להפקיע זכות דזוכה, משא"כ גבי שבתא כמובן:

ג **איברא** בעיקר יסוד זה דמילתא תלוי מכירתו של הזוכה ביכלתו דמזכה, באם יש ברשותו להפקיע לגמרי אם לא, זהו דוקא במילתא דלית ביה משום גררא דתנאי כלל כגון גבי פלגא נזקא דלא זכי רחמנא עד שעת העמדה בדין, ולהכי נהי דגלי קרא דלאחר העמדה בדין זכה למפרע ומש"ה מהני הקדישו דניזק, ה"ט דאמרינן דלא נגמרה זכייתו עד העמדה בדין ומשום תורת שיור הוא דנחתינן ביה, אבל לא מתורת תנאי דתנאי מילתא אחריתא הוא כמ"ש תוס' גיטין [פ"ג] ד"ה המגרש והרא"ש שם גבי ע"מ שלא תנשאי לפלוני, והראשונים גבי אתרוג ע"מ להחזיר, דאע"ג דכל מתנה שאינו יכול להקדישו אינו מתנה, דהתם רק משום קיום התנאי הוא, [עי' בנמוקי יוסף ב"ב פרק יש נוחלין (על סוגיית הש"ס בדף קל"ד.) ת"ל במתנה ע"מ להחזיר אע"פ שאינו יכול להקדישה היינו משום התנאי עכ"ל], וכן באחריך דנהי דאחריך שאני ודעתו לכשישייר הראשון, אבל מסתמא לא תלינן הדבר בתנאי רק כשהתנה בפירוש, או דאיכא אומדנא דמוכח לזה, [כמו בשואל טבעת לקדש בו לדעת הרא"ש פרק קמא דקידושין וב"ב פ' יש נוחלין (סי' מ"ו) וכן גבי אתרוג זה נתון לך ואחריך לפלוני דמבואר ב"ב (קל"ז:) דאפי' לרבי דס"ל גבי אחריך דעלמא שאין הראשון יכול למכור, הכא דנתנו לו לצאת י"ח, אמרינן אי מיפק לא נפיק ביה למאי יהבי' ניהליה, ומש"ה תלינן הדבר שם דאחריך משום תנאי הוא, לפי דאומדנא דמוכח הוא, וכמ"ש הרא"ש שם], אבל בעלמא כל היכא דאיפשר למיתלי בשיורא לא תלינן בתנאי, ולהכי גבי מתנה כשנתנו מהיום ולאח"מ דאיכא למיתלי בשיורא וגופו מהיום ופירי לאח"מ אמרינן דשיורא הוא משא"כ גבי קדושין וגירושין דליכא למיתלי בשיורא אמרינן דכיון דאיכא לפנינו תרי לישני דסתרי אהדדי אמרינן דאומדנא דמוכח הוא דבתורת תנאי הוא דנחית, וכן איתא להדי' בגמ' ב"ב [קל"ו.] התם מספקא לן וכו' ועיי"ש ברשב"ם ד"ה ואינה מתייבמת: איברא בדבר דתלינן ביה דבגדר תנאי הוא, פשיטא דליתא להאי כללא דאע"ג דאידך יכול להפקיע לגמרי זכותו של הזוכה על ידו, מ"מ כשנתקיים התנאי אח"כ נתקיימה זכותו דזוכה למפרע, ואם מכרו והקדישו טרם שנתקיים התנאי זכו בו, דתנאי מילתא אחריתא הוא, ולהכי כשגירשה ע"ת ונישאת לאחר, ואח"כ נתקיים התנאי ע"י המגרש, פשיטא דנתקיים נישואי השני [וכ"מ פשטא דלשון הש"ע אהע"ז סי' קמ"ג ס"ב], הגם שהיה ביכלתו ובידו דמגרש לבטל הגירושין לגמרי אזי כשנתקיים התנאי נתקיים הדבר למפרע, וה"ט לפי שהמעשה נתקיימה בשלימות בשעתו רק דתליא בתנאי וז"פ וברור:

ד **ואין** לסתור יסוד הנ"ל מקידושין ר"פ האומר לר' יוחנן בקידשה מעכשיו ולאחר ל' יום דשיורא הוא, ואם קיבלה קידושין מאחר תפסי בה, ואפילו הכי כשלא נתקדשה לאחר מקודשת לגמרי להראשון, דזה אינו חדא דהתם אין ביכלתה להפקיע ולבטל קידושין דהראשון לגמרי, רק שתתפוס גם קידושין דהאחרים, ועוד דכל עיקר יסוד זה הוא דכל שיש ביד אידך להפר זכותו תו אין בידו ורשותו דאידך לנתק זכותו וקנינו לאחרים להקדישו או ליתנו לאחרים, וה"ט משום דרפוי מרפי' בידו, ע"י ביטולו דאידך, ולהכי אין ביכלתו לנתק מרשותו לאחרים קנין קלישתא כזה וכעין דמלינן בדבר שלא בא לעולם, וא"ב ודבר שאין בו ממש וע"ה, איברא כשנשתיים מילתא שלא נתבטל ע"י אידך, הרי נתקיימה זכייתו למפרע להיות כשלו וברשותו לגמרי לחוד, [ולהלן באות ה' נבאר בעזה"י הענין בראיה ברורה שגם בכה"ג דמיתלי תלי מלינן זכיה כזאת, שהוא בעצמו זכה בו ואם ניתקה לאחרים לא מהני כלום]:

ה **עיון** ב"מ [דף י"ג] שגם במתנה אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו, ועי"ש [דף י"ח] גבי שובר דס"ל לרב אלפס דכיון דבעינן דמטא לידו לבסוף, היכא שחזר ונתנו לאחרים בנתיים דתו לא מהני זכייתו דראשון הגם דמטא לידו אח"כ, ובעלי התוס' בס [דף כ'] ד"ה שובר חולקים ע"ז וסברי דגם בזה מהני אם מטא לידו אח"כ, ומלד הסברא פשוטה נראה דפליגי בזה, דכיון דחזינן דתיקנו רבנן זכי' זו ע"י העדים [וכמ"ש התוס' שם] ורק באופן דמטא לידו אח"כ ע"י המזכה עצמו, אם משום גדר תנאי הוא, או משום שיורא. דהתוס' ס"ל שהוא משום תנאי, לכן גם כשנתנו לאחרים בנתיים, מ"מ סוף סוף נתקיים התנאי לבסוף וזכה בו למפרע, אע"ג שכבר נסתלק המזכה לגמרי מזה, מ"מ הרי נתקיים התנאי. ולדעת רב אלפס הוא משום שיורא, והוא שמתחיל ע"י העדים, וגמר הקנין הוא שנגמר ע"י המזכה עצמו, ולהכי כשכבר נסתלק המזכה ע"י שנתנו לאחרים הו אין ביכלתו שיגמור קנינו דאידך ע"י, כיון שלא נשאר לו עוד שום זכות בזה, וכבר פירשתי כן באריכות בעזה"י בימי חורפי בסוגיא זו, [וימצא המעיין הפס קלהו בהגהות והערות ח"מ בסוגיא דמלא סט"ח]:

ולפ"ז קשיא על מ"ש לעיל, שהרי לדעת הרי"ף הוא משום שיור ואפ"ה כשלא חזר בו זכה אידך למפרע, אע"ג שיש בידו דאידך לבטל זכותו לגמרי, וקשיא מדברי רבה דמסתבר טעמייהו דבני מערבא, דנראה להדיא דחדא בחברתה מיסך שייכי וכמש"ל, ובעדיו בחתומיו מלינן לתרווייהו בהדי הדדי, דלפירוש רב אלפס ורמב"ן ורשב"ם עיקרו ותמלית דברי רבה הוא להוכיח דאחריך לאו כאומר מעכשיו שהרי אידך יכול להפקיע לגמרי, אע"ג דברתא בודאי א"י למכור וכמש"ל [באות ב'] אלא שהוכיח דברתא גופה לא זכתה מעכשיו:

איברא לקושטא נראה דלק"מ שגם בזה מלינן דיש זכיות מחולקות, חדא היכא דמתחיל מעכשיו ונגמר לבסוף, כגון בכל אופנים דעסקינן לעיל גבי אחריך, וגבי פנ"ז וכל כהאי גוונא. ומלינן בזה באופן אחר דלא מתחיל מהשתא מידי רק כשיגמור הדבר לבסוף על אופן מאופנים הצריכין אזי יזכה בו למפרע, ומבואר הדבר בירושלמי מובא במגיד משנה [פ' כ"ב מהלכות אישות הלכה ט"ו] גבי בעל בנכסי מלוג, הגם דאם מכרה בחיי הבעל ומתה דהבעל מוציא מיד הלקוחות שהוא לוקח ראשון, אבל אם מכר הבעל בחיי' על אופן זה כשתמות אשתו, ומתה אח"כ דל"מ מידי, אע"ג דזכה הבעל למפרע, ולא מהני מכירתו כשתמות, [ועיין בחלקת מחוקק סי' צ' ס"ק מ"ג וב"ש שם ס"ק מ"ז] לפי דהאי זכייה זו דלא התחיל בחייה כלום רק כשמתה הוא דזכה למפרע, ומש"ה נהי שהוא בעצמו זכה למפרע, אבל אין בכחו וברשותו לנתקו מידו לאחרים בנתיים, לפי שכל זכותו מתחילה ועד סוף לא נתהווה רק לבסוף, [וז"ש לעיל באות ד']:

וה"ט דעדיו בחתומיו זכין לו, לדעת הרי"ף דס"ל דכיון דכל עיקרו תלוי בדמטא לידו לבסוף אזי אמרינן שכל עיקרו נעשה לבסוף; ואז הוא דזכי ביה למפרע, ומסתברא לרבינו אלפסי דכל דתקנו רבנן

מסתמא

מסתמא בהדא עכסיסא הוא דתקנו, איברא לדעת תוס' דעבז"ל הוא משום תנאי לחוד לדעתם הוא מן ההכרחי לחלקו מזכיית הבעל בנכסי מלוג כדמוכח מסוגיא דמלא שובר דחזינן שם דאפי' כשחזרה בנתיים בפירות ומכרה השטר לאחרים דאפ"ה בדמעא לידו א"כ מהני זכיית העדים למפרע, ולרבינו אלפסי התם משום טעמא אחרינא הוא דמיירי שם בשובר אקנייתא דל"ב דלימטי לידי', והא דכותבין שטר למוכר הוא כמבואר בנימוקי יוסף ובשיטה מקובלת שם:

ו **עיין** ב"ב [דף קי"ד] קנין עד אימתי חוזר, רבה אמר כ"ז שיושבין רב יוסף אמר כ"ז שעסוקין באותו ענין. ולכאורה קשיא רבה אדרבה כיון דרבה ס"ל ליסוד מוסד דכל כמה שחבירו יכול לסלק זכותו לגמרי שוב א"א לומר דאידך קנה למפרע. הגם שנסתיים הדבר שלא נגרע מאומה ומזה הוכיח דאחריך לאו כמי שאמר מעכשיו, א"כ קנין סודר היכי מש"ל דהרי אי איפשר לומר דכל שלא חזר קנה למפרע, וגם אין לומר שיקנה א"כ דהדרא סודר' למרא, וגם לדידן קשיא כן דפסקינן [בסי' קנ"ה ס"ו] כל זמן שעסוקין באותו ענין ופסקינן כרבה דאחריך לאו כאומר מעכשיו, אלמא דאי איפשר לזוז מיסוד זה, וגם אין לומר דמשום תנאי הוא שכבר כתבנו לעיל [באות ג'] דכל כמה דלא התנה בפירוש וגם כל כמה דליכא אומדנא דמוכח לזה, אנן לא מבדינן להטיל תנאי בדבר סתמא. איברא למ"ש [באות שלפני זה] ניחא, דהכי דא"א שיקנה מעכשיו אם לא יחזור, אפס כשלא חזר אזי קנוי למפרע, ותקנו חכמים כן בק"ס, עלי קוטב שתקנו בנכסי מלוג ועדיו בחתומיו זכין לו לדעת רבינו אלפס:

עיין פסחים [דף ל"א:] בעכו"ם שלוה מישראל על חמצו והתנה אם לא אתן לך עד יום פלוני יהא שלך מעכשיו. ונראה בפשטא שהמעשה הוא הקנין שמקנה לו מעכשיו והתנאי הוא הזמן וכ"כ במקו' אחר בזי"ר ח"ר או"ח, ועתה הדרנא בי אלא כולו תנאי וכשלא יפרע לו בזמנו אזי לבסוף יהיה שלו מעכשיו וכעין עבז"ל לדעת הרי"ף וכקנינו של הבעל בנכסי מלוג דכשמתה קנוי בידו משעת נישואין, ותדע דאלת"ה גם כשפדאו עכו"ם [בישראל שהלוה לעכו"ם, ובש"ע א"ח סי' תמ"ה ס"ב מבואר דדווקא כשלא פרעו עי"ש] יאסור החמץ לפי שהתנאי בטל דאי איפשר לקיים מעשה הקנין ע"י שליח דאין שליחות לעובד כוכבים אפי' עכו"ם לעכו"ם [כמ"ש המג"א סי' תמ"ח ס"ק ד'] והמעשה קיים, א"ו דכולו תנאי הוא, וקושא שקנה א"ע בהלואה זו, וכ"כ מזה זה שנים כבירים בדיני שאלה ושכורה [לקמן סי' , אות ח']:

ז **נבאר** דעת רמב"ן במלחמות שהובא לעיל [אות א'] דכל כמה שיכול הלוה לנתק ולבטל זכותו דמלוה ע"י מכירה תו ל"ש בזה אפי' לאביי לומר למפרע הוא גובה, והאי דעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו, או דמיירי במלוה בשטר ושיעבד לו באגב מקרקעי, או דלענין חמץ שעבר עליו הפסח שהוא רק משום קנסא שעבר עליו בב"י הוא דאזלינן בתר דינא דאורייתא ומדאורייתא אפי' מטלטלין שמכר גובה מן הלוקח [כמ"ש הרשב"א סוף קידושין ד"ה כתבינן לעיל, וברשב"א ב"ק דף י"ד תוך ד"ה אין] ושפיר איכא בהו משום דלמה"ג ולא עבר בב"י לדינא דאורייתא [והו כוונת המלחמות שם שכתב שאיפשר שגם במטלטלין אמרי' למפרע ה"ג]. ויש להבין לדעתו הגדולה דלאביי לעולם יכול לסלק זכייתו דמלוה שבידו לסלקו בדמים. איברא כלל זה לא נשנה אלא היכא דבידו דאידך לבטלו לגמרי בלא כלום משא"כ הכא דאי איפשר לבטלו לגמרי, רק לבטלו מן הדבר שגבוי בידו ע"י סילוקי זוזי ומה לי הן ומה לי דמיהן, וכיון שאין בידו לבטלו לגמרי בלא כלום תו אלימא זכותו ויש בו משום למפרע לכ"ד. ולפ"ז מדוקדק לשון התוס' גיטין [דף מ':] סד"ה הקדש שכתבו דלהכי לא אמרינן באילטלא דפרסוס אמיכנא למפה"ג כיון שמשתמשים באילטלא לעשות בו כל חפצם ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלקי לה בזוזי, עכ"ל. ויש לעמוד דלמה להו להוסיף משום דמשתמשים באילטלא, הלא גם בל"ז רק כיון דלא טרפה מלקוחות וכו' סגי, דתו לא שייך למה"ג שהרי אכתי בידם להפקיע זכייתה, וכל שיכול לבטל אע"ג דלא נתבטל על ידו מ"מ תו ל"ש לומר דלמה"ג וכמ"ש הרמב"ן כשלא שיעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי. ולהנ"ל ניחא כיון דהא דלא טרפה מלקוחות הוא רק משום שסילקו לה בזוזי, וממ"ה הוצרכו רבותינו בעלי תוס' להוסיף כיון שמשתמשין וכו' כוונתם דבידם לכלותה לגמרי עד תומו:

ובזה יתיישב היטב מה שמעתי להקשות בשם הפ"י ע"ד תוס' גיטין הנ"ל שכתבו דלאביי דס"ל למה"ג ליתא לדרבא דאמר דהקדש מפקיע מידי שיעבוד דעיקר טעמי' הוא משום כיון דחיילא קה"ג לשעתי' תו לא פקע דאין הקדש לאלאין וזהו דווקא לרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה אבל לאביי דס"ל למה"ג לא חייל ההקדש כלל גם לשעתו. ותמה הפ"י שם כיון דל"א למה"ג רק כשגבאו לבסוף, והשתא דהקדש והגבי' סתרי אהדדי מה"ת נימא שיגבה המלוה ויתבטל ההקדש, ושמא להיפוך שלא יגבה ויתקיים ההקדש כיון דחיילא שעה א' תו לא פקע, ומכח סברא זו חולק על דבריהם, [ועמ"ש לקמן בדיני גזילה סי' פ"ד אות ג' על קושיא זו]. ולמ"ש דברי התוס' כראי מוצקים, דבע"כ צ"ל לאביי [וכן לדידן היכא דלא מצי לסלוקי בזוזי] דהקדישו דלוה ל"מ מידי להפקיע מידי שיעבודו, דאל"כ הא דאיתא להדיא פסחים [דף ל"א] לאביי דהקדישו דמלוה טרם שגבאו מהני, ומי לא עסקינן אפי' כשעשה שורו תם ראוי למזבח לאפותיקי ושיעבד לו מטלטלין אג"מ וכמ"ש הרמב"ן שם שגם בזה מהני הקדישו דמלוה לאביי והמש"ל כאן דכל היכא דברשותו דאידך לבטל זכייתו לגמרי בלא כלום שוב ל"מ מכירתו והקדישו, הגם דנסתיים לבסוף שלא ביטלו אידך וכדמוכח להדיא מסבתא וכמ"ש הרמב"ן שם בסוגיא דלמה"ג, והרי ביד הלוה להקדישו ולהפקיע שיעבודו, א"ו משום דלאביי אי איפשר להתבטל זכייתו דמלוה בלא כלום, ולהכי מהני הקדישו דמלוה או כשמכרו טרם שגבאו, [ועוד שהרי לדעת ר"ת אפילו קדושת דמים מפקיע מידי שיעבוד] וזה נכון, אח"כ בא לידי ספר פ"י וראיתי שכתב שם קלת מזה:

ח **עתה** נבאר את אשר יעדנו [באות א'] שגם הרמב"ם דפוסק שהבעל יכול להקדיש ידי' לעושיהן בע"כ צ"ל דמודה בעיקר יסוד זה, וראיה מוכרחת לזה כמש"ל שהרי פוסק כרב אלפס דאחריך לאו כאומר מעכשיו וכטעמא דרבה, אלא דהתם טעמא איכא והוא דהרמב"ם ס"ל כדעת תוס' ב"ב [דף מ"ט:] בד"ה יכולה, דמש"ה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה שאינה מפקעת לגמרי לקינא דבעל שתקנו לו חז"ל, רק לפי שעה, שא"כ יכולה לומר הכני ניזונת ועושה, נמלא דבאמירה זו לא סילקה לגמרי לקינו דבעל, וה"ז דומה למקדיש דקל לפירותיו והובירו ולא עשה פירות דמפני זה לא נתבטל הקדישו שהקדיש הגוף לפירות בזמן שיעשה פירות. ואפ"ל דלזה כיון רבינו הגדול בלשונו הלא [בפ"ו מה' ערכין הל' כ"ח] אמר לה יקדשו ידיך לעושיהן, הואיל והן משועבדים לו הרי כל מעשה ידיה קדש, הא למה זה דומה לאומר אילן זה קדש שכל פירות שיעשה להבא קדש, וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. ודעת הר"ן דפליג ע"ז דאזיל לשיטתו דס"ל דלגמרי נעקר קינו, ושוב א"י לחזור מזה [כמ"ש הר"ן כתובות בסוגיא דמקדיש מע"י אשתו]:

ואפ"ל שגם אמוראי דש"ס פליגי בזה אם תוכל לחזור אם לא, ומשה"ע בר"פ הזורק מעיקרא ק"ל לרבא מיד אשה דקניא ליה לבעל והיכי מתגרשת, ואח"כ קשיא לרבינא אטו ידה גופא מי קניא ליה לבעלה, היינו משום דרבא ס"ל דנהי דיכולה לומר איני ניזונת וא"ע מ"מ לא נסתלק עי"ז קינו דבעל לגמרי, ורבינא ס"ל דשוב א"י לחזור ועי"ז כבר תוכל לסלק קינו לגמרי וכדעת הר"ן, וע' תוס' שם בד"ה ידה, וזה איפשר לכוון בדברי תוס' ב"ב [דף מ"ט:] הנ"ל בתירולם השני וז"ל א"כ שאני פירות משום דידו כידה שהוא זוכה בגוף הקרקע אבל מעשה ידיה היאך יזכה בהן שאינן בעין דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים, עכ"ל. דיש להבין שהרי בפרק אע"פ [דף נ"ט] איתא להדיא דיש לו זכיה בגוף הידים, אלא משום דבתירוץ הראשון פש"ל כדברי רבא דתוכל לחזור ולומר הכני ניזונת ועושה, ולדידיה יש לו זכיה בגוף הידים וכדעת הרמב"ם הנ"ל, ואח"כ לאלומי מילתא בכל הצדדים כתבו דאף את"ל כדעת הר"ן דא"י לחזור לעולם, וא"כ אזדא ליה לתירוץ קמא במה שחילקו שם מפירות, מ"מ כיון שכן שוב לא יעלה ע"ד לדמותו לפירות דהתם קניא ליה גופא ופירות, אבל בידים לא קניא לבעל כלל לסברא זו כיון שבידה לסלק קינו לגמרי, [וגם שני התירולים בגיטין, יש לכלכל דתליא בזה אם תוכל לחזור אם לאו ועי"ש], וכל היכא דמלית לסלק לקינו דבעל לגמרי אע"ג דלא סילקה, אזי פשיטא דידים גופא לא קניא ליה לבעל כקו' רבינא לרב אשי בר"פ הזורק הנ"ל, ומעתה דעת לנבון נקל שגם תמיהת הר"ן מדברי ר"ל גופא דנקט דמתוך שיכול לכופה וכו' נשמע ממילא דלדידן ל"מ אפי' כשאמר בפירוש יקדשו ידיך לעושיהן, ודלא כרמב"ם, תוכל להתמלט באופן זה דרמב"ם ס"ל דנהי דר"ל נכנס בזה רק באחת משתי קלוות דבאם תוכל להפקיע שוב לא תוכל לחזור בהם, או שלא להפקיע כלל, והכריע מדעתו דלא תוכל להפקיע זכותו דבעל כלל, אבל אנן פסקינן כבתראי וכרבא בר"פ הזורק דגם בגט אשה הוא משום דגיטה וידה באין כאחד דעיקר הדבר

הוא

הוא דאע"ג דרבא עצמו ס"ל דיכולה לומר א"ג וא"ע, משום דס"ל בזה בדרך מילוא דנהי דתוכל להפקיע לשעתה אבל לא לעולם, ומשום זה לא נתבטל קנין הגוף דבעל בגוף הידים, ולהכי כשנתקיים הדבר שלא ביטלה, הקדישו הקדש, וא"ל דאכתי רבינא ור"א לא סברי כוותיה דה"ד דמעיקרא, אלא דרבא מיד דעבד קא קביא ליה, כן הדברים דהר"ן ס"ל כך בפירושא דרבינא ור"א, ומש"ה ס"ל דשוב לא תוכל לחזור בו. איברא לדעת הרמב"ם ותוס' הכי בייתי קו' רבינא ותירוצא דר"א, והוא דרבא אידם מילתא חדתא דבע"כ צ"ל דגיטה וידה באין כאחד, דאל"כ היאך תתגרש, וצריכין לנחותי ולאלק עוד מכללא אחריתא דכל שאינו בזה אחר זה אפי' בב"א אינו [ועיין בתוס' גיטין דף מ"ב סד"ה הא] דמנ"ל כזאת הלא מוטב לומר שתוכל להפקיע לעולם בכדי שלא נצטרך להמציא סברא חדשה כזאת, ומתרץ ליה דגם אם נכנוס בפרצה זו, אכתי קביא לן יד דעבד, הרי דבע"כ צריכין לבא לכלל זה ולהמציא משום דשניהם באין כאחד, ולהכי גם באשה נאמר הדבר כסברא התילונה דלא תוכל לבטל תק"ח אלא לשעתיה כמ"ש תוס' ב"ב הנ"ל, והא דמגורשת הוא ג"כ משום דגיטה וידה באין כאחד, ובזה מיושב על נכון דלא מצרכינן לומר דנתחלף לרבא יד דעבד ביד דאשה, אלא דגם למסקנא קאי על יד דאשה:

ט **איברא** לאחר שנוסד ליסוד מוסד ומוכרח מגמרא ומרבותינו הראשונים דכל היכא שיכול אידך להפקיע זכותו של חבירו שוב בלתי אפשרי לומר שהוא של חבירו למפרע למוכרו ולהקדישו הגם שנתקיים הדבר ברשותו ולא נגרע בנתיים שמץ מנהו. אכתי צריכין לבאר דעת רבותינו הקדושים בעלי התוס' ב"ק [דף ל"ג:] בד"ה א"ב, וז"ל דלר"ע קדום אע"ג דאי מודה מיפטר דקנס הוא מ"מ השתא מיהת לא הודה, עכ"ל. דנראה דקושייתם קאי לשיטה דבי רב במודה בקנס והא"כ בהו עדים פטור אפי' כשאינו מחייב א"ע בקרן [או משום דפנ"ז השיב כמחייב א"ע כנ"ל אות א' בהג"ה] ואכתי מה הועילו בזה דהשתא מיהת לא הודה, דכל היכא דיכול להפקיע שוב לא נוכל לומר שהוא של הניזק למפרע, ובפרט להקדישו ולמוכרו, דאפי' לדעת הרז"ה מובא לעיל [באות ב'] לא מהני מידי, וכדמוכח מסברא מהוכחה דרבה. איברא נראה דדעת בעה"ת בזה דאכתי לא מוכרח מש"ס רק היכא דבידו דאידך להפקיע, אבל היכא דאינו בידו נהי דאיפשר שיתקיים הדבר שיופקע זכותו לא שמעינן מש"ס שגם עי"ז תופר זכותו דאידך, והשתא כיון דמודה בקנס לא מיפטר רק בפני ב"ד מומחים ובמקום ישיבת ב"ד כמבואר לקמן [דף ע"ד ריש ע"א] ובפירש"י שם, וגם בפני בעל דינו כדאיתא שם [דף ק"א:] גבי תבעו שומר, ובתוס' שם. ומעתה הכי יעלה ע"ד כשיבא שמזיק בפני ב"ד להודות שיכופו את הניזק שיבא לפניהם בכדי שיודה ויפטר, שהרי הניזק ישיב כיון שהוא אינו תובע ממני, יתאפק עוד עד שאתבענו, ועיין בש"ך [סי' י"א ס"ק א'] כשתובע את חבירו צריך לגלות לו עיקר תביעתו, ומסתמא יתעכב הניזק לבא עד שיהיו העדים אתו, ואז לא תועיל הודאתו כלום, דדווקא כשממשמשין לבא הוא דפליגי ר' אלעזר בר' שמעון ורבנן [ב"ק דף ע"ה] ולא כשכבר באו כמובן:

איברא לדעת הראב"ד שכתבנו לעיל [באות א'] שהוכיח משום קו' זו דשאני פנ"ז משאר קנסות, לא נפלאה היא דס"ל בזה כדעת הרז"ה ורמב"ן הם גבי שבתא דאפי' כשאינו בידו לגמרי רק שאיפשר שתתבטל ע"י מקרה המתחדש ג"כ א"א שיהיה לו זכות למפרע למוכרו ולהקדישו, שהרי הרז"ה הקשה גם על פירושו דהלכות בדברי רבה דמוכיח דאצריך לאו כאומר מעכשיו ממכירתו דשבתא, דכיון דאיפשר שיתבטל לגמרי זכייתו דשני שוב א"א לומר גם כשלא נתבטל דזכה מעכשיו. והקשה שהרי בכותב לבנו מהיום ולאח"מ דזכה בו מעכשיו אע"ג דאיפשר שתבטל, שהרי כשמכרו הבן בחיי אביו ומת הבן בחיי האב לא קנה הלוקח לר"י ואפ"ה כשלא מכרו זכה בו מעכשיו, והשיב הרמב"ן דהתם הרי לא נתבטל זכיית הבן רק הלוקח הוא דלא קנה, והוזר ליורשי הבן, הרי מתרווייהו נשמע דפש"ל דכל דאיפשר שתתבטל לגמרי תו לא מפלגינן בין בידו או ע"י מקרה, וזהו דעת הראב"ד ג"כ, והשתא ראייתו נשגבה דמוכח מקרא גופא דכתיב בפנ"ז ומכרו את השור וכו' דניזק יכול למוכרו ולהקדישו קודם שעמד בדין דזכה למפרע אפי' לנתק זכייתו לאחרים, ש"מ דשאני פנ"ז משאר קנסי שאין הודאתו פוטרו לגמרי הלא דלא כפינן ליה, אבל כשתפס הניזק אפי' בעדים מהני עפ"י הודאת המזיק לאוד דאל"כ אכתי איפשר שתתבטל, דנהי דלאו בידו לגמרי וכמש"ל, אבל מידי איפשר לא יצא, ותוס' מחלקים בזה דדווקא כשהוא בידו לגמרי דומיא דשבתא, מה שאין כן הכא גבי קנס:

י **לכאורה** היה נראה ליישב דברי תוס' פ' שמניח הנ"ל [באות שלפני זה] עפ"י דברי קצה"ח [סי' ש"ן ס"ק ב'] שהמציא דבר חדש ומתקבל דבכל קנסות דמיפטר ע"י הודאתו אפי' כשמביא עדים אח"כ דהיינו לשטי דבי רב בכל מקום, ולדידן כשמחייב את עצמו בקרן וזהו כשמעידים בפני הב"ד שהודה בפניהם קודם שבאו העדים, אבל בפני ב"ד אחר נתחייב ע"י עדים, דמידי הוא טעמא אלא משום דגבי קנס לא נוכל לחייבו ע"פ עצמו, והשתא ע"פ עדים הוא דמחייבי לי' אע"ג דניזק מודה שכבר הודה בפני ב"ד אחר. ומביא ראיה מוכרחת לזה מעדים זוממין יעו"ש. ולפ"ז תו לא הוי בידו לבטל זכייתו אלא לעולם ביד הניזק לקיים זכייתו שהרי בידו לתובעו בב"ד אחר, [ויביא מיד את העדים ואז לא יועיל הודאתו, דע"כ לא פליגי ר' אלעזר בר"ש ורבנן רק כשממשמשין לבא ולא כשכבר באו כמש"ל באות הקדום], ולפ"ז אזדא ליה הוכחת הראב"ד שכתבנו [באות א']:

איברא לקושטא ליתא, דנהי דדברי קצה"ח נכונים בעיקר הדברים. והוא היכא דנתקיים מילתא הכי שהלך עמו לב"ד אחר והביא עדיו, איברא מסתברא מילתא דאינו יכול לכופו על כך דכיון דאית ליה פסידא כנראה בעליל פשיטא דיכול המתחייב לומר לא אדון עוד אלא אצל הראשונים שכבר הודיתי בפניהם, ואיך תוכל לחייבני לדון בפני אחרים בדבר שכבר נפטרתי ע"פ דת תוה"ק. ונהי דלדעת הרמב"ם מובא [בש"ע סי' י"ד] גם הניזק יכול לומר לב"ד הגדול אזלינא אע"ג דל"ם ביה דעבד לוה כו' זהו בתחלה אבל לא כשכבר הודה בפני ב"ד ובפניו, ותדע דאל"ה איך נכלכל כמה סוגיות, חדא בפרק שבועת העדות [דף ל"ג] דמיבעי' לן במשביע עדי קנס מפני שהיה יכול להודות דהכהי יכול להביאם לב"ד אחר, וכן במכות [דף ה'] אכתי גברא לא נתחייב עי"ש בפי' רש"י שהוא מפני שיכול להודות, וכן ב"ק [דף ע"ד] גבי ר"ג שכבר אין לך עדים דמוכחינן שם מזה דמודה בקנס ואח"כ בהו עדים דחייב, ואם איתא לא מוכח מידי דילמא מפני שיכול לתובעו בב"ד אחר, אלא פשיטא דאינו יכול לכופו עפ"י דין, והדר הוי ליה כשיחרר עבדו מדעתו, ואכתי איכה ראיה מוכרחת מש"ס ב"ק דגם בל"ז אפ"ל משום דעבד שאני דפשיטא דאינו יכול לומר לרבו לב"ד הגדול אזלינא אפי' לדעת רמב"ם הנ"ל, [אח"כ הראיתי שבספר נה"מ דחה דברי הקצה"ח מסוגיא דב"ק הנ"ל, ולפענ"ד נראה כמ"ש]:

יא **וישׁ** להתעורר בדברי ר"ן קידושין [על סוגיית הש"ס שבדף כ"ו] דבמקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב את השטר, דילא לדון ולחלק דדווקא בשטרי קנין הוא דלא קנה אלא מזמן דמטא שטרא שטר הקנאה לידיה דכיון שיש בו קנין וראיה לא ניחא ליה ללוקח בקנין כסף שאין בו ראיה, אבל במקום שכותבין רק שטר ראיה נהי דלא סמכא דעתיה דלוקח זולת מהראיה שבו, אבל כדמטא לידיה לבסוף אזי קנה למפרע משעה שנתן הכסף לידו. לכאורה נראה שזהו במשקל אחד כמו בק"ס ועבז"ל, וכן כיון לזה שארי הגאבד"ק קאליש מוהר"מ נ"י בהשיגו מה שכתבנו לעיל, ואמר כן דלמה שכתבנו גבי ק"ס ניחא. איברא למ"ש הר"ן שם בהא דאמרינן בש"ס ב"ב [דף נ"ד:] כל המחזיק בהם זכה בהם מאי טעמא מכי מטא זוזי לידו איסתלק ליה וכו' דזה דווקא בשטר קנין איירי אבל בשטרי ראיה אזי גם לאחר שזכה בו אחר ונסתלק המוכר לגמרי יכול לכתוב שטר ראיה לראשון ויקנה למפרע ע"ש. וקשיא מ"ש מעבז"ל דלא מהני מטא לידו לבסוף לאחר שנסתלק הנותן כמש"ל לדעת הרי"ף, וא"ל דשאני התם דכל כמה דלא מטא לידו הרי מחוסר עדיין דבר שיש בו קנין וראיה, ודמי לשטר הקנאה, דז"א שהרי כל כמה שלא נסתלק הנותן ממנו אזי כשמטא לידו לבסוף קנה למפרע, מזה נשמע דסוג זה דמטא לידו לשטרי ראיה הוא דדמי. לכן נראה דדווקא גבי עבז"ל שהוא משום תק"ח לאוד כמ"ש תוס' ב"מ [דף כ'] בד"ה שובר, וס"ל להרי"ף דמסתמא כל כמה דאיפשר להשוות תק"ח נאמר דאחדא עכסיסא תקנו משווינן להו, ולכן אמרינן גם עבז"ל שהוא במשקל אחד כמו בעל בנ"מ וכמש"ל, ונקטינן להשוות המבורה שרק משעה שמתה הוא דזכה הבעל למפרע, לכן גם גבי עבז"ל תיקנו חכמינו ז"ל במבורה זו דמעידן דמטא לידו הוא דקנה למפרע. איברא במקום שכותבין שטר ראיה דכל עיקרו הוא מלד אומדנא דמוכח דלוקח לא סמכא דעתיה בלא שטרא, ולוקח מסתמא ניחא ליה דליקום מילתא דשטרא בגדר תנאי ולא בגדר שיורא בכדי שיקום דבר שיכלתו להקנות לאחרים בנתיים ג"כ ע"ת זה, וכיון שכן גם

גם כשנסתלק הנותן מזה יש ביכלתו לקיים תנאו כל אימת דבעי, הגם דכתבנו לעיל [באות ג'] דמסתמא לא תלינן בתנאי, וכן מוכח מדברי רשב"ם ב"ב [דף קל"ו] בסוף ד"ה ואינה מחייבמת יעו"ש, דכל כמה דאיפשר לתלות מילתא בשורא לא תלינן בתנאי, זהו בלישנא קטיעא דמוכר או הנותן, [הגם שכל הנותן בעין יפה הוא נותן, זהו בעיקר המתנה ודתליא ביה כמו גבי דור ודות, אבל לא ליפות כחו עוד בכדי שיהיה ביכלתו גם ליתנו לאחרים בנתיים שלא עלה על דעתו אז], אבל גבי מקום שכותבין את השטר שלא נשמע שמן דבר מנהו רק משום אומדנא דלוקח לחוד, לכן קיימינן הדבר באופן דניחא ליה בכל הצדדים, ובלבד שלא לגרוע יד דמוכר מידו כמובן, עיין בילה [דף כ'], אבל אי אמר לנסוב והבו ליה אי נסיב שקיל יעו"ש, הרי דתלינן מסתמא בתנאי, התם במתנת שכ"מ דל"ש שיורא, ואפי' בבריא בכה"ג כיון דליכא דבר מסוים ולא שיעבוד הגוף ל"ש שיורא כלל כמובן, והא דאמרינן גבי גט דאמר כולכם דפסקינן שנים משום עדים וכולם משום תנאי, דהתם כיון דכולם צריכין לחתום קודם הנתינה כמו שפירש רש"י גיטין [דף י"ח:] [ועיין בש"ע אהע"ז סי' ק"ך סעיף ט'] ואז לא שייך משום שיור, ולהכי אמרינן כיון דהורה האמינה לבי עדים, למה נתחכם כנגד הדת ולהכי תלינן בי' רק משום תנאי:

יב **ועתה** נליבה ליונים לעין הקורא הכללים בקצרה למש"ל ולהוסיף ביאור באיזה מקומות בקצרה בכדי שלא יוקשה למעיין:

א] **בדבר** הנעשה מעכשיו ונתלה ע"י שיור בדבר שיתיליד ויתהווה אח"כ ונגמר הדבר כן, אזי אם היה ביד אידך לבטל הדבר בנתיים לגמרי שוב לא מהני מכירתו והקדישו, דזוכה לכ"ע, כמש"ל [באות א' ז'] בראיות ברורות:

ב] **אבל** הזוכה עצמו, אזי לדעת הפוסקים, הרי"ף, והרמב"ם, הרשב"ם, ורמב"ן, ג"כ אינו זוכה למפרע, שהרי לפירושם זהו הוכחתו דרבה דאחריך לאו כאומר מעכשיו. אבל לדעת רז"ה איפשר שיזכה למפרע, דזכיית עצמו אינו מקושר בביטול דחבירו, אבל כשמכרו או הקדישו הזוכה בנתיים, גם לדעת הרז"ה ל"מ כמש"ל [באות ב']:

ג] **בכל** זה אין חילוק בין כשהוא ביד אידך לבטלו או לא דכל דאיפשר שתתבטל ל"ש בין בידו או ע"י מקרה כמש"ל [באות י'] מדברי רז"ה ורמב"ן. איברא לדעת תוס' בפרק המניח נראה דדווקא בדבר שבידו כמ"ש שם:

ד] **וב"ז** בסתמא דאמרינן מעכשיו מתחיל הדבר ויוגמר בהתלות הדבר שאח"כ, הוא דתליא בביטולו דמזכה, אבל בדברים דמלינו שתיקנו חכמים שיזכה רק כשיולד הדבר אח"כ למפרע אזי לכ"ע הוא בעצמו זכה למפרע אבל מכירתו והקדישו בנתיים ל"מ מידי, ושוב בסוג זה לא מחלקינן דבין כשיכול אידך לבטל בנתיים או אפי' שאינו יכול לבטל דינא הכי, שהרי בנכסי מלוג שאינה יכולה לבטל זכותו דבעל כשמתות ואפ"ה לא מהני מכירתו דבעל אע"ג דהוא בעצמו זכה למפרע כמש"ל [באות ה'], וכן אפי' היכא שיכול אידך לבטל זכותו לגמרי מ"מ כל שלא נתבטל זכה הזוכה לעצמו למפרע כגון גבי עבז"ל וכן גבי ק"ס, מזה נשמע דגבי עבז"ל, וכן גבי ק"ס, אם מכרו או נתנו הזוכה בנתיים, אזי לכ"ע לא מהני מידי, [זולת לדעת תוס' גבי עבז"ל שהוא לשיטתם משום גדר תנאי]. והא דלא אמרינן גם גבי אחריך אליבא דרב הונא דס"ל כאומר מעכשיו דהוא ג"כ על אופן זה, והוא כשימות הראשון יזכה השני מעכשיו, וכמו גבי נ"מ וק"ס ועבז"ל, והשתא נפל בבירא טעמיה דרבה, לדעת הרי"ף, ורמב"ם, ורשב"ם, שהוכיחו ממה דזבינייה זבינא דלאו כאומר מעכשיו, שהרי גבי ק"ס ועזב"ל דיכול אידך לבטל לגמרי ואפ"ה זכה לעצמו, ולגבי ראוי דבעל הלא די במה שזכתה לעצמה בחייה כמש"ל [בסוף אות א'] דדווקא גבי בכור בעינן שיהיה ראוי לתת לאחרים. איברא נקוטא ל"ק מידי דבל"ז ל"ל מ"מ דר"ה דתלינן במעכשיו, הלא בעלמא לא תלינן במעכשיו רק כשאמר בפירוש, ועיין ר"ן שבועות פרק שבועת שתים [דף כ"ח] גבי לא אוכל ככר זו אם אוכל זו, וכמה נתווכח בזה, דהתם איכא אומדנא דמוכח דדעתו למעכשיו דאל"כ הרי איפשר שיאכל שניהם, האיסור מתחלה ואח"כ התנאי יעו"ש. אלא ודאי טעמא דרב הונא כיון דכל הנותן בעין יפה הוא נותן, והשתא כיון דנתן לשניהם כאחד כל דאיפשר להשוותם משווינן להו, וכשם שנתן להראשון קנין הפירות מעכשיו, כן נתן להשני קנין הגוף מעכשיו רק דתליא במיתת הראשון כיון שאמר בפירוש אחריך לפלוני, אבל במאי שלא אמר בפירוש משוינן זכותו להראשון בכל האיפשרי, ולא לגרוע כחו עוד ולומר שלאחר מותו דראשון הוא דזוכה למפרע, והגם דלענין מכירה ליכא נפקותא בזה דבין כך ובין כך לא מהני מכירתו דשני, כיון שביד הראשון להפקיע לגמרי לרשב"ג דפסקינן כוותיה, דמ"מ הורע כחו בזה לענין אם מת שני בחיי הראשון, דמסתברא דלמ"ד דהוי כמעכשיו דינתנו ליורשיו כשהוא האחרון, [ועיין בש"ע ח"מ סי' רמ"ח סעיף ז'], וברייתא דלקמן [דף קל"ו סוף ע"ב] דפליגי אם ליורשיה או ליורשי ראשון זהו בדאיכא שלישי דאז לגבי השני אפי' לר"ה לאו כמעכשיו, כמובן [ועיקר סברא זו מצאתי אח"כ בש"מ ב"ב הנדפסים מחדש בשם הר"ן והנניתי שכיוונתי לדעתו הגדולה]:

ה] **אולם** כ"ז הוא בדבר שהוא משום שיור אבל בדבר שהוא משום תנאי לא תליא מידי בביטולו של אידך, אלא כל אימת דנתקיים התנאי זכה למפרע, וגם אם מכרו או נתנו הקונה בנתיים כל שנתקיים התנאי אח"כ זכו למפרע כמש"ל [באות ג'], רק בסתמא לא תלינן בתנאי רק היכא דמוכחא מילתא מדעת הנותן או בדבר שתיקנו חכמים כגון גבי עבז"ל דלדעתם מוכח מגמרא שתיקנו משום גדר תנאי וכמש"ל [בסוף אות ה'], אבל גבי ק"ס דל"מ להדיא מסתמא משווינן ליה כמו לבעל בנ"מ, ונפקא מינה דגבי ק"ס דאם הקדישו הזוכה בנתיים דלא מהני לכ"ע כ"ז שעסוקין באותו ענין:

עוד צריכין לבאר דמאי דכתבינן לעיל [באות ד'] בתירוץ השני מפרק האומר, שהוא רק לדעת הרז"ה דס"ל דאחריך כאומר מעכשיו אע"פ שיכול לבטלו לגמרי, דנהי דאיהו זכה לעצמו אבל מ"מ אינו יכול לנתנו לאחרים בנתיים כל כמה דאיפשר דתתבטל, אבל לדעת הרי"ף, ורמב"ם, ורמב"ן, צריכין לומר רק כתירוץ הראשון שם:

סימן מד

עוד בענינים האלו

בסוגיא דפנ"ז קנסא

[עיין ב"ק דף ע"ו בתוס' ובאשר"י שם ובש"ע סימן א']

א **ויש** להבין לדעת ר"ת שם דבעינן שיתפוס המזיק עצמו בשעת היזק דווקא, דמה בכך אם תפש אח"כ, ועיין בבית יוסף ובפרישה [סי' א'] בשם הגהות מיימוני שמביא ראיה לזה מהא דאיתא בכתובות [דף פ"ד] והוא שלבורין ומונחים ברשות הרבים, ומהאי טעמא בעינן שיתפוס מיד בשעת היזקו שהיה ברשות הרבים אבל לא מרשות המזיק. וקשה ע"ז דיש לחלק דשם איירי ביתמי דלא מטי לידייהו מעולם, ולהכי כשמונחים ברה"ר לא זכו בהם משום שיעבודו דאידך מאח"כ הכא. ולפענ"ד נראה ע"פ דברי תוס' מובא לעיל [בסימן הקודם אות א'] דבקנס לא חייביה רחמנא עד שעת העמדה בדין, רק בפלגא נזקא הוא דגלי קרא דזכה למפרע כשעמד בדין אח"כ זכה משעה שהזיק, ומש"ה כשהקדישו הניזק בנתיים מהני. ומעתה בע"כ צ"ל שגם עתה דליכא מומחין ותיקנו דתפיסה מהני, שתיקנו ג"כ כעין דאורייתא שיזכה למפרע משעה שהזיק, דבלא"ה אין מקום לתפיסה זו דכיון דלא חייביה רחמנא עד שעת העמדה בדין ולא נשתעבדו נכסי כלל כל זמן שלא נתחייב ע"פ ב"ד, אלא משום דהכי תיקנו רבנן שיזכה למפרע כשיתפוס אח"כ, ותדע שכן הוא, בהרי פסקינן בש"ע [סי' ת"ז סעיף א'] שאם מכרו הניזק קודם שתפש דקנה הלוקח, עי"ש בסמ"ע [ס"ק ב'] דאם תפשו אח"כ קנה למפרע, וזה מבואר דכל תקנת חכמים בענין ממון הוא מלד הפקר ב"ד, כדאיתא בש"ס יבמות [דף פ"ט:] גבי ירושת הבעל, ועיין בצ"ר חלק ראשון [דף כ"ד אות ט' וי'] דכל מידי דתיקנו רבנן שהוא מלד היליה דהפב"ד, מ"מ שקלינן הדבר ההוא וחזינן שבאם עשאו הבע"ד בעצמו על לד אופן זה היה מועיל, אזי יש כח ביד חכמים שיועיל הדבר באופן זה ג"כ אפי' שלא מדעת הבע"ד, אבל במקום שלא מועיל אפי' מדעת הבע"ד עצמו, מסתבר דלא עדיפי כח ויד חכמים בממונו של חבירו, מן הבעל ממון עצמו. וראיה ברורה לזה מסנהדרין [דף ה'] האי מאן דבעי למידן דינא כו' וליפטר, לשקול רשותא מבי ריש גלותא, ומבואר שם ברש"י שהוא מלד הפב"ד, ועיין ש"ך [סי' כ"ה ס"ק ה' אות א' ובס"ק כ"ב] דפשיטא ליה דנטילת רשות לא עדיף בשום לד מקבלוהו, ועיין כתובות [דף פ"ב] דבמשוך וכו' ולא תקנו אלא

אלא לאחר שלשים יום דבמעכשיו קנה, ומבואר בתוס' שם [דף פ"ג:] בד"ה האומר וכו' דדווקא בעומדת באגם, וכן מבואר בש"ע [ס"ס קנ"ז] ובסמ"ע, ובקצה"ח [ס"ק ג'] הביא דברי מ"מ ב"מ דבעינן עומדת באגם בכל שלשים יום, דאם חזר לרשות מוכר או לרה"ר נתבטל הקנין לגמרי דכל מידי דמתחיל השתא ולא נגמר אלא לבסוף בעינן שיהיה במקום הראוי לקנין מתחלה ועד סוף, והיינו טעמיה דר"ת כיון דתפיסה דהשתא בזמן דליכא מומחין, בע"כ צ"ל שהוא משום דהכי תיקנו שישתעבד למפרע משעת היזק, ומש"ה בעינן דלא תיהדר למריה בנתיים, דתקנתא דחכמים לא עדיף מאלו הקנהו הבעלים עצמן על אופן זה, דבעינן דלא תיהדר למאריה מתחילה ועד סוף, ולפ"ז בע"כ צ"ל דלאו דוקא בפלגא נזקא אלא בכל מידי דקנסא דתיקנו חכמים דהשתא דליכא מומחין דליהני מיהת תפיסתו, וזה בלתי אפשרי, כיון דאין לו שום יד וזכות ושום שיעבוד מדינא דאורייתא כל זמן שלא עמד בדין, אלא בע"כ צ"ל, דהא גופה תיקנו שבאם יתפוס נשתעבד הדבר ההוא למפרע, ותיקנו זה בכל קנסות כעין דאורייתא בפנ"ז, וכיון דאיתא כוותיה בדאורייתא, יש כח ביד חכמים לתקן כן בכל דבר, וכל זה משום חילא שניתן להם מן התורה מחמת הפב"ד, ומשה"ע הוא דוקא כשתפס מיד טרם שהגיע לרשות בעלים [ועי' בהשמטות] דלא עדיפא חילי' דהפקר ב"ד מן בעל הממון גופיה, דהיכא דמקנה דבר לחבירו מעכשיו ולאחר ל' יום, והתנה בפירוש שאפי' אם תבוא לרשות המקנה בתוך כך דמ"מ לא ליבטיל קנינו דאידך דפשיטא דלא קנה, כיון דמדינא בטל קנינו, לא נותר לו רק דיבורא לבד, איברא במידי דאורייתא דרחמנא גופא הקנה לו כגון בפנ"ז ובזמן דאיכא מומחין אי איפשר שתבטל קנינו דאורייתא אפי' כשהיתה ברשות המזיק בנתיים והקדישו הניזק אז טרם שעמד בדין הקדש הקדש, וזה כעין דאיתא בתמורה [ד' כ"ה] דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ועיין, נשמע מזה דכל קניינים שהתורה הקנהו א"א שתבטל ע"י מעשה אנוש ותחבולותיו, וז"כ וברור. ושאר פוסקים החולקים על ר"ת בזה משום דסברי כדעת הר"ן [ור"י בתוס' יבמות (נ"ג.) סד"ה קנוי], וש"ך [בסי' קנ"ז] דאגם לאו דוקא דבמעכשיו ולאחר ל' יום קנה אפי' בעומדת בנתיים ברשות מוכר ע"ש, [ומטעם זה הוא דס"ל לר"ת דדוקא כשתפס דבר המזיק עצמו, דכיון דכל תקפו דתפיסה בדליכא מומחים הוא רק מטעם דזוכה בדבר למפרע כשיתברר הדבר אח"כ אפי' לפני הדיוטות, וכעין דמצינן בדאורייתא גבי פנ"ז וכמ"ש, והתם גופא הוא רק בדבר המזיק עצמו]:

ב **עתה** נבאר דברי הראב"ד ז"ל המובא בנימוקי יוסף בפ' מרובה [על סוגיית הש"ס בדף ע"ה] וז"ל, כתב הרא"ה ז"ל וז"ל כתב הראב"ד ז"ל בנוסח כתובות שבזמן הזה שאין דנין דיני קנסות וקי"ל דאפ"ה אי תפס לא מפקינן מיני' אם קדם הלה והודה [אע"פ שבאו עדים אח"כ] הרי הוא פטור אפי' בדברים שפטר עצמו בכלום לפי שכשם שאין דנין דיני קנסות בזמן הזה כך אין מקבלים עדים, והרי זה כמי שאין שם עדים, ורבינו אומר שאינו נראה, שכשם שהוא אומר שאין מקבלים עדים בזמן הזה, כך הודאתו אינה כלום, דבעי הודאה בב"ד כדאמרינן לעיל לגבי ר' גמליאל דשלא בב"ד הודה, ובעי נמי ב"ד היכולין לדון דיני קנסות וכו' עכ"ל, ונראה בעליל שהן המה דברי הראב"ד שהובא ברא"ש פ"ק דב"ק [סי' כ'], וע"כ תמוה בעיני מה שנדפס בשם הגאון החסיד מו"ה או"ז ק"ל, לתמוה על דברי הראב"ד דהא בפלגא נזקא לא מחייב עצמו קרן, וכן תמה שם בפילפלא חריפתא ע"ש, דהא מבואר להדיא בדברי הראב"ד דגם בדברים שפטר עצמו בכלום כמי דיכא הכי, והדבר מוכרח דהראב"ד לא קמיירי בפנ"ז רק בשאר קנסות, דלדעתו בפנ"ז אין הודאתו פוטרתו, ואדרבה אנן מחייבינן ליה אפי' בזמן מומחין רק דלא כייפינן ליה, ונראה לפענ"ד ליישב דברי קדשו של הראב"ד דכיון דכל עיקרו של תפיסה זו שתיקנו גבי קנס לית ביה משפה בעצמותו דכל שלא עמד בדין לית ליה שום גררא דממונא על חבריה ולא על נכסיו רק משום דתקנו חכמים דיזכה למפרע כשיתברר אח"כ לפני ב"ד, וכעין דמצינו גבי פנ"ז דגילה רחמנא דזכה למפרע וכמ"ש לעיל [ב ות שלפני זה], ודומה למקנה לחבירו מעכשיו ולאחר ל' יום, וכשם דהתם בעינן שלא יתגלגל שום דבר חוצץ בנתיים אז זכה למפרע, ו הכי כשהודה בנתיים כבר נתבטל ונהרס כל זכותו של התופס במה דתפס, כיון דכל עיקר זכותו במאי דתפס הוא משום שיזכה למפרע, וכיון שע"י הודאתו נגרר פטור בשעתו, ושע"י זה שוב אי איפשר לדון ולומר שיזכה למפרע, וממילא נתבטל זכותו במה דתפס, כיון דלית ליה שיעבוד נכסי של כלום גבי קנס עד שעת העמדה בדין, וכיון דנתבטלה תפיסתו שוב אי איפשר לקבל עדים כיון דליכא מומחין, שהרי לא תיקנו חכמינו ז"ל רק היכא דתפס אזי גם הדיוטות יכולין לקבל עדותן, איברא כל זה היכא דלא הודה בנתיים דאז זוכה בה למפרע, ומשה"ע הוא כל תקפו דתפיסה גבי קנסא, אבל כשהודה בנתיים כבר נהרס כל תקפו דתפיסה, שוב אי איפשר לקבל עדותן, ועיין היטב כי נכון הוא בעזה"י, וצ"ל דכל דברי הראב"ד סובבים בשאר קנסות כגון בטביחה ומכירה, ושן ועין דעבד, דלית בהו קרן ואפ"ה פטרתם הודאתו, [וה"ל דלא דמי למודה בחוץ לב"ד בזמן מומחין, דשאני התם כיון דאינם יכולין לחייבו במקום ההוא כך לא נפטר ע"י הודאתו בקוטב ההוא, אבל האידנא כשתפס כשם שבכח הב"ד שיתברר לפניהם כל חיובו ע"י קבלת העדות ה"ה נמי שע"י הודאתו לפניהם נפטר מחיובו] אבל בפנ"ז לא קמיירי דלדעתו אפי' בלא עדים כלל מהני תפיסתו כמו שביארנו לעיל [בסי' הקדוס] מילתא בטעמא:

ג **איברא** צריכין לבאר כיון דכל חיליה דמרן הראב"ד בפנ"ז דלא מהני הודאתו לפוטרו לגמרי הוא מפני דגלי קרא דזכה למפרע, ואם הקדישו הניזק או שמכרו טרם שנגמר קנינו מהני, ומזה הכריח דהודאתו לא מהני לפוטרו לגמרי ואדרבה אמרינן ליה חייב אתה מן הדין, רק דלא כפינן ליה משום דאי איפשר לאחוז החבל בתרי ראשין דכיון שהוא של הניזק למפרע, אזי בלתי איפשרי שיהיה שוב של המזיק, וכמ"ש לעיל [בסי' הקדוס] בראיות ברורות, ולפום קוטב זה, גם השתא דליכא מומחין דכיון דמהני תפיסת הניזק גם גבי שאר קנסות, ולמ"ש [בסי' זה אות א"ב] דאין מקום לתפיסה זו כיון שאין לו גררא דממונא ולא שיעבוד נכסי על חבירו, רק משום דתיקנו חכמינו ז"ל שיזכה למפרע דאיתא דכוותי' בדאורייתא בפנ"ז גם בלא תפיסה, כן תיקנו בסוג זה בכל קנסות כשתפס, וכיון שכן היאך כתב הראב"ד ז"ל דהודאתו פוטרו לגמרי, דא"כ גם כשלא הודה בנתיים תו אי איפשר שיזכה למפרע. איברא לקושטא ניחא דכלל זה לא מצינו אלא כשזוכה למפרע לגמרי כמו בשור המזיק וגבי אחריך, וכן בבע"ח לאביי דאית ליה למפרע הוא גובה, וכמש"ל בשם הרמב"ן. אבל גבי שאר קנסות כמו בגניבה וטביחה ומכירה ואונס ומפתה, שגם לאחר העמדה בדין לא זכה אלא לשיעבודא בעלמא, וכן גבי שן ועין שגם לאחר העמדה בדין לא זכה בעצמו אלא למעשה ידיו, אבל קנין הגוף עודנו בתקפו אלל רבו לדידן דפסקינן דצריך גט שיחרור, וקס"פ לחוד לדידן דפסקינן דלאו כקנין הגוף דמי תו לא נכלל רק בסוג שיעבוד בעלמא, כדאי' להדיא בש"ס ב"ק [דף פ"ט:] גבי יוצאין בשן ועין לאשה אבל לא לאיש, וכמ"ש הר"ן להדיא בפ' השותפין, וזה נודע דגבי קנין דשיעבודא לחוד ליתא להאי כללא, שהרי אפי' במלוה על פה זכה המלוה בשיעבוד נכסי תיכף בשעת הלואה לדידן דפסקינן שיעבודא דאורייתא, אע"ג שביד הלוה להפקיע לגמרי [מתקנת חכמים] וכן הקדש ושיחרור מפקיע מידי שיעבוד אע"ג שזכה המלוה כבר בשיעבודו:

ד **אבן** לדעת הפוסקים החולקים על הראב"ד, וסברי דהודאתו אפי' כשתפס אידך לא מהני לפוטרו האידנא, חילי' דידהו, דנהי דתיקנו חכמים דגם האידנא כשתפס מלי להתחייב גם בפני ב"ד הדיוטות, כשיתברר לפניהם ע"י עדים, זהו בכדי שלא לעקור כל דיני קנסות מכל וכל, ובכדי שלא יפסיד אידך במה שזיכה לו רחמנא בחיובי קנסות, אבל לענין הודאה אוקמו אדינא וכמודה חוץ לב"ד חשבינן ליה, ומשה"ע החליטו מקלת רבותינו האחרונים, דלדעת הפוסקים האלו, דנהי דהודאתו אינה פוטרתו כשיבואו עדים אח"כ גם כשמחייב את עצמו בקרן, איברא גם חיובי לא מחייבינן ליה ע"פ עצמו בפני ב"ד בלא עדים כלל, דלא העדיפו עוד בתקנתא דרבנן את הדיוטות יותר מב"ד מומחין בכל חיובי קנסות דאורייתא, שאין ביכלתם לחייבו ע"פ עצמו לחוד, ולדעת האחרונים החולקים עליהם דסברי דלדעת הפוסקים החולקים על הראב"ד נתחייב על פי הודאתו לחוד עיין ש"ך [סי' א' ס"ק ע"ז] ובסמ"ע, נראה לפענ"ד עיקר דזהו כשתפס אידך, וקסברי בטעמא דתפיסה דנהי דהשתא דליכא מומחין כדי לחייבו בקנסות, זהו כשלא תפס דהשתא כל חובא יוצא על פיו, אבל כשתפס חשבינן ליה כאילו כבר נפרע לו, ונתברר לפני ב"ד דהשתא דיש מקום לפרעון הזה, ולזה סגי אפי' לפני הדיוטות כדי להחליט פני הדבר דחשבינן ליה כפרעון, [וכשיתיישב המעיין עיונו בדברי הרא"ש סוף פ"ק דב"ק ימצא שם שני טעמים הללו ויתיישב לו שם בקל קיצור הדברים בדבריו], ומשה"ע קסברי שיכול להתחייב השתא גם ע"פ עצמו לחוד, כיון דכל עיקרו של תפיסה זו דחשבינן ליה כפרעון, והשתא גם

בהודאתו

בהודאתו לחוד לא חשבינן כמחייב את עצמו בקנס רק בפרעון הקנס שכבר נפרע הימנו בדין, וכמודה שכבר נתחייב לפני ב"ד דאז הודאתו מחייבתו, ועיין בתוס' שבועות [דף ל"ח] ד"ה אנסת ופתית את בתי, וז"ל תימא למאי דלא מחייבינן בהזהב אלא ביחוד כלי, א"כ הכא כיון דפרעי' תו לא מיפטר בהודאה וע"ש, ועפ"ז נתיישב קושיית הש"ך ביורה דעה [סי' רס"ז ס"ק נ"ב] שהקשה מב"ק פרק מרובה גבי רבן גמליאל דמשני בגמרא שאני ר"ג דחוץ לב"ד הודה, ולדבריהם אדרבה מתחייב בהודאתו שהרי עבד מוחזק בעצמו, כיון דאנן פסקינן בש"ע יו"ד [שם סעיף כ"ז] דצריך גט שיחרור, וכל זמן שלא שיחררו לא נוכל לחשבו כאילו כבר נפרע, ומש"ה הרי הודאתו בעיקר חיובא דקנס דלא מחייבינן ליה ע"פ עצמו ועי':

והנה בקלות החשן [ס"ק ו'] ובנתיבות המשפט [ובמשובב נתיבות כפי שזכרתי מכבר דבריו בזה] האריכו למעניהם ביישוב קושי' הש"ך הנ"ל זה בונה וזה סותר ותמלית דבריהם דלהכי לא מהני הודאתו של ר"ג מפני דהודאתו הוה לחוב לאחרים לאוסרו על שפחות, ומחייב בהודאתו לגבי שפחות דעלמא, וכמו שפירש רש"י בקידושין [ד' ס"ה:], ודבריהם תמוהים שהרי גבי קידושין וגירושין גופייהו הקשה הרשב"א שם דמה בכך שהוא חב לאחרים כיון שהדבר בידו, ומתרץ דהכי פירושו דכיון דאיכא ממון דל"מ הודאתו כשחב לאחרים ואינו בידו. לכן נקטינן הגזירה שוה דדבר דבר להשוות עיקר מעשה קידושין וגירושין דל"מ המעשה בעצמו כשנעשה שלא בפני עדים ע"ש, אבל הכא גבי שן ועין דליכא למימר הכי רק דלא מהימנינן ליה וכל שבידו גם בחב לאחרים מהימן, והגם דאסור לשחרר עבדו [ועי' בהשמטות] מ"מ לא יצא מכללא דבידו כמ"ש הקצה"ח שם [ס"ק ח'], עיי"ש היטב, וכ"מ מכמה דוכתי דאיסורא לא מפקיע מדבר שבידו, ועי' תוס' סוכה [ל"א סוף ע"ב] בסוף ד"ה באשירה דמשה, ועי' קידושין [דף ס"ד:] בתוס' תוך ד"ה רבי סבר אע"ג דאסור לגרש בגט ישן מ"מ כיון דבדיעבד מהני חשיב שפיר מיגו, ואין להתעקש ולומר דמילין דשיחרור כיון שמסתעף ממנו דבר שבערוה שע"י שיחרור קדושיו וחייבת משום אשת איש ומש"ה כדבר שבערוה דיינינן ליה דלא מהני המעשה שלא בפני עדים כיון שהוא חב לאחרים, וכמו בקידושין וגירושין דל"מ כשנעשו בינו לבין עצמו, זה לא ניתן להאמר כלל, דא"כ מה השיבו ר' יהושע לר"ג אין בדבריך כלום שכבר אין לך עדים, ופירשו כל הפוסקים דעיקרו מפני שהוא קנסא, תיפוק ליה דאפי' כשהודה שיחררו בכסף בינו לבין עצמו נמי לא מהני כמו גבי קידושין וגירושין, אלא ודאי דכל ענינא דשיחרור כדבר שבממון דיינינן ליה דלא הורע כחו של המעשה גם כשנעשה בינו לבין עצמו אפי' כשחב לאחרים רק דלא מהימנינן ליה, והיכא דבידו מהימן, כן הדין בשיחרור, ואי משום דאיכא נפקותא לדבר שבערוה, הרי גם בכל מילי דממונא משכחת לן ג"כ נפקותא לדבר שבערוה, עי' סנהדרין פרק דיני ממונות בפלוגתא דשמואל ור' אבהו עיי"ש בפי' רש"י, וא"ל דמש"ה הוא דאיצטריך גבי ר"ג לטעמא דקנסא משום שהודה שסימא את עינו בפני עדים דאי משום דבר שבערוה היה נאמן בהכ"ג כמו דנאמן הבעל לומר גרשתי את אשתי בפני עדים מפני שבידו, דא"כ הדרא קושיא לדוכתא דמאי משני שאני ר"ג דחוץ לב"ד הודה דמה בכך אכתי יתחייב מפני הודאתו לחוד כמו האידנא דמתחייב ע"פ עצמו לדעתם, ואי משום דחב לאחרי' דכיון שהודה שסימא ובפני עדים ובידו לשחררו הרי גם בדבר שבערוה גופא נאמן בהכ"ג:

ולפי דברינו בטעמא דמילתא דמחייבינן ליה ע"י הודאתו בזמן הזה דהיינו דוקא כשתפס משום דחשבינן ליה כפרעון, תו אזדא ליה ראיית הקצה"ח שם [בס"ק ו'] מפ"ק דמציעא ע"ש, דהא פיו איננו מחייבו כלל בקנס רק היכא דתפס דהוי כהודה לו על הפרעון דכדין נפרע, וגם בלא זה יש ליישב קושיא זו דמ"מ איכא קל וחומר בקנסא דליכא קרנא בהדי' כגון בטביחה ומכירה, וגבי שן ועין, ובפלגא נזקא דלא נתחייב ע"י פיו בב"ד, וכי אתו סהדי א"כ הרי נתחייב על פי עדים, הרי דעדים עדיפי מפיו גבי קנסא:

סימן מה

עוד השייך לש"ע סימן א'

ובסוגיית הש"ס דריש מס' סנהדרין [דף ב' ג'], ודריש פרק החובל [דף פ"ד].

א **יש** להסביר הא דנקט בגמרא הודאות והלואות, לפירוש רש"י דהודאות ע"י עדי הודאה, והלואות ע"י עדי הלואה, דמ"ש בין עדי הודאה לעדי הלואה, ונראה כיון דטעמא משום נעילת דלת הוא, דהיכא דהלוה בלא עדים דלא חשש לעצמו למה שאסרו חכמינו ז"ל [ב"מ ע"ה:] אז הוי אמינא דלא תיקנו חכמינו ז"ל לחוש בשבילו משום נע"ד, וכמ"ש תוס' ב"ב [קע"ה:] בד"ה אינו וז"ל תימא כיון דמלוה בשטר גובה מן היורשין אע"ג דשיעבודא לאו דאורייתא שלא בשטר נמי מאי טעמא לא גביא מה לי היכא דאית ליה קלא מה לי היכא דלית ליה קלא, וי"ל מי שמלוה בעדים אינו חושש לקלא ולגביי' דלקוחות, לא תיקנו חכמים לגבות מן היורשין עכ"ל:

ולפום פירושא דרבותא שם, שפירשו הודאות במודה במקצת, והלואות בכופר הכל, יש להתבונן דבכופר הכל לענין מה צריך מומחין מדאורייתא כיון דפטור לגמרי, וכמ"ש בט"ז [ריש סימן א'], ונראה דאיכא נפקותא היכא דכפר בכל ואמר להד"מ רק אני מתחייב את עצמי ליתן לך איזה סך דפטור הוא כיון דקא כפר ליה בכולי', [ועי' בקצה"ח סי' ל"ד סק"ד], או שאמר לו מה שהנחת אתה נוטל דבשע' שאלה הודאה מפיו בפני ב"ד לא נוכל לחייבו, כמ"ש הר"ן בפ' שבועת הדיינין [דף מ"ב], ואח"כ תבעו קמי ב"ד מומחין את שחייב לו מכבר ואת מה שחייב את עצמו, או מה שנתברר אח"כ כמה הודה לו, דאז אמרינן דלא בעינן מומחין משום נעילת דלת, אזי כבר נפטר משבועה בשעה שההודאה יצא מפיו, ואיכא נפקותא גם השתא היכא דתבע ליה קמי שלשה ולית בינייהו חד דגמיר [דפסולים לדון, כמ"ש הרמ"א בסי' ג' סעיף א'] וקא כפר לי' בכולהו אלא שחייב את עצמו בחיוב גמור ליתן לו איזה סך או שאמר לו מה שהנחת אתה נוטל, ואח"כ קא תבע ליה בפני ב"ד את כל הסך מה שלוה לו ומה שחייב את עצמו, או לאחר שנתברר בפני עדים כמה הודה לו, וכמה כפר לו, דאזי מחייבינן ליה השתא שבועה דאורייתא [ועמ"ש בסי' שא"ז אות ד']:

ב **שם** בגמרא אלא מעתה טעו לא ישלמו, לפירוש רש"י משום דהוי להו כסמוכין, וקשי' לסברת רמב"ן ור"ן בחידושיו לסנהדרין [דף ב':] תוך ד"ה ובדין הוא, דבזמן המשנה דאיכא מומחין בא"י תיקנו רק בהודאות והלואות שלא יהיו צריכין מומחין לא בא"י ולא בחוץ לארץ משום נעילת דלת, שאם המלוה לא יוכל לגבות חובו אלא ע"י מומחין ימנע מלהלוות כדי שלא יצטרך לטרוח אחריהם, אבל בגזילות וחבלות לא עשו תקנה כלל בא"י, ולפי שהנגזל או הנחבל ילך אצל מומחין שהם מצוין שם, ומשנתינו שנוי' בא"י וכו' אבל בבבל שאין שם מומחין אם לא נתיר הדיוטות אף בגזילות וחבלות נפתח דלת בפני הגוזלין והחומסים, הרי בדבר שהוא רק משום שלא יוסיפו בני עולה, כיון דאיכא מומחין בעולם אוקמו אדינא, וא"כ אכתי מאי משני משום שלא תנעול דלת בפני לווין, דהא תינח בזיכה את החייב דאיכא משום נע"ד ממש, אבל בחייב את הזכאי דליכא משום נעילת דלת ממש, רק משום בני עולה, וזה לא שייך בטעו כיון דאיפשר דלא יטעו, א"כ אכתי אמאי משלמי כיון דנחתי ברשות וכמ"ש ברש"י [איברא לפירוש תוס' ניחא כיון דכל קושיית הש"ס דליפטר משום נעילת דלת הוא] דבשלמא גבי דרישה וחקירה לא קשי' דא"כ עדי פרעון ומחילה ניבעי דרישה וחקירה, דהכתי איכא משום בני עולה, אבל לגבי טעו וחייבו את הזכאי לא ישלמו, דכיון דאיתא לסברת הרמב"ן והר"ן הנ"ל דהיכא דאיפשר אזי לא תיקנו משום בני עולה, א"כ גם השתא לגבי טעו דכיון דאיפשר שלא יטעו בזה, א"כ גם השתא דליכא מומחין לא ישלמו בחייב את הזכאי [ודוחק לומר משום לא פלוג], איברא לקושטא ל"ק מידי דאם נימא דבזיכה את החייב הוא דישלמו, אבל בחייב את
הזכאי

הזכאי הוא דנפטרו, א"כ פסולין לדון לגמרי משום דנוגעין הם דיראים שלא יתחייבו לשלם ויחזרו לעולם לחפש ולחקור בתר זכותא דמלוה ולא אחרי זכותא דלוה, והכי איכא משום נע"ד כיון דא"א למלוה להשיג דיינים כשרי', ובזה יתיישב היטב מה דקשי' קצת לקמן [ל"ג] לאוקימתא דרב יוסף ורב נחמן לגירסת הרי"ף ור"ח דמוקמינן למתניתין דבכורות במומחה שיש גדול הימנו, וקשי' דא"כ בזיכה את החייב אמאי ישלם מביתו, דמסתמא התובע הלך לתבוע את הנתבע לפני המומחה ההוא, והכי דלגבי הנתבע שלא הלך מעצמו רק שהלך אחריו לא חשיב כקיבל עליו, ומש"ה ניחא בחייב את הזכאי שצריך לשלם, אבל בזיכה את החייב דלגבי דידי' חשיב כקיבל עליו יפטור מלשלם כדין מומחה שקיבל עליו, וכן מה שהקשה הש"ס [ד' ו'] לר' אבהו מדן את הדין, דא"כ גם לשמואל מי ניחא, כיון דדינו דין אפי' בלא קיבלו עליו, א"כ השתא דתובע לגבי עצמו מיהת חשיב כקיבל עליו, אמאי ישלם כשזיכה את החייב, לדעת הרא"ש בסוגיא דשיקול הדעת דס"ל כל היכא דדינו דין אפי' כשלא קיבלו, אזי כשקיבלו עליו פטור מלשלם, איברא לדברינו הנ"ל נכון מאד, דאם נימא דיפטור מלשלם כשזיכה את החייב, אבל כשחייב את הזכאי ישלם כיון דהנתבע לא קיבלו עליו, א"כ יפסול לדינא לגמרי דחשיב כנוגע בדבר, שיתאמץ בכל עוז לזכות את הנתבע שגם אם ישגה לא יצטרך לשלם, מה שאין כן להיפוך כשיחייב את הזכאי יצטרך לשלם, [ועיין מ"ש עוד מזה בפתיחה בדיני דשיקול הדעת נתיב א']:

ותלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה צבי מיכל נ"י הקשה לסברת הרמב"ן ור"ן הנ"ל דבגזילות לחוד דנין השתא דליכא מומחין משום בני עולה מש"כ בזמן המשנה כיון דאיפשר במומחין, דהכתי אם טעו בגזילות לא ישלמו דנטילת דלא ל"ש גבי', ואי משום בני עולה שלא יוסיפו לגזול את הבריות כיון דאיפשר שלא יטעו, הכי יעלה על הדעת שיגזול לכתחילה על סמך טעותא דבי דינא, והשבתי לו דהא תינח בזיכה את החייב, אבל בחייב את הזכאי, דהנתבע לפי תומו לא ידע מאומה, והלך אל הב"ד קסבר כיון שכשרים הם ע"פ דת תורתנו יוציאו הדין לאמיתו, רק התובע ברוב ערמומיות בדה לעצמו טענות שקרים עד שהוציא מחשבתו הרעה לפועל, וחייבו את הנתבע שלא כדין, בזה מסתבר דצריכין לשלם משום בני עולה שלא יוסיפו לגזול את הבריות ע"י דינא ודיינא, דאין לומר כיון דאיפשר שלא יטעו, דמאי הפסיד הרמאי והגזלן התובע בזה אם לא יטעו ויפטרוהו, שלא כן הוא קושטא דמילתא, ואם יפתה בתחבולותיו להטעות לבי דינא ירויח, ולא יגיעהו שום שמץ בזיון בזה גם אם יפטרו את הנתבע, דכמה נגזלים אינם יכולים להוציא את שלהם ע"פ דת תורתנו הקדושה, הגם שהאמת אתם, וכיון דבחייבו את הזכאי יצטרכו לשלם, רק בזיכו את החייב יפטרו, הדר הוי כנוגעים בדבר ופסולין לדון מתחלה, ואיכא לתקנתא משום בני עולה, ומשה"ע צריכין לשלם כל היכא דטעו כדי שישיג הנגזל גם השתא דיינים כשרים על פי דת תורתנו, אבל מן הזרות לומר דגם בחייב את הזכאי ליפטרו גבי נגזל משום דאיפשר לנתבע הנגזל ע"פ הדיינים שהיו ביניהם רק חד דגמיר, דהוי ליה לברור חד דגמיר וסביר ולא יבאו לכלל טעות, כמו דעפ"י סברהם בזמן המשנה כיון דאיפשר במומחין. חדא, דמנ"ל לידע עד היכן הגיע כחו של הדיין אם הוא גמיר לחוד או גמיר וסביר, וכיון שכשרים הם לדון, גם הנתבע לפי תומו דלא ידע מעול מאומה מה פשע בזה, ועוד דקסבר כיון שכשרים הם לדון ע"פ תקנת חכמינו ז"ל, מסתמא יתברר לפניהם האמת לאמיתו, משא"כ גבי מומחין בזמן המשנה דכ"ע פסולין רק מומחין לחוד, הוא דחידשו דל"ש לתקן משום בני עולה, כיון דאיפשר במומחין תו לא יגזול לכתחלה:

ג **שם** בסוגיא ר' אחא בריה דרב איקא אמר מדאורייתא חד נמי כשר וכו', קשי' לדעת היש מפרשים בתוס' ב"ק [דף נ':] תוך ד"ה כגון, דמש"ה אין עד נעשה דיין, דאותו ב"ד לא יקבלו הזמה על עצמם, אלמא דגם בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה [עי' בש"ך סי' ל"ג ס"ק פ"ז] ולרב אחא בריה דרב איקא כשר גבי ממון אפי' חד שאינו סמוך, ואפי' גמיר לחוד כמבואר בחידושי הר"ן [ד' ג'] ד"ה מה"ת. ואמאי הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימה באותו ב"ד דהרי הזמה קנסא הוא ופסקינן כוותיה דר' עקיבא [ברמב"ם פרק י"ח מהלכות עדות הלכה א'] וצריך שלשה מומחים דווקא, אכן לדעת הש"ך [בסי' ג' ס"ק א' ובסי' מ"ו סק"ח] ניחא דלגבות עדות לכ"ע בעינן תלתא ובמקום דבעינן תלתא אזי מדאורייתא בעינן נמי מומחין כיון דלענין גביית עדות הוא דעירוב פרשיות כתוב כאן, רק לדון בלאו בלחוד משום גזירת הכתוב דבצדק תשפוט חד נמי כשר, אלא דנ"מ קשי' לדעת היש מפרשים הנ"ל דבזמן הגמרא דהוי מומחין בארץ ישראל היאך נוכל לקבל עדות בחוץ לארץ כיון דבאותו ב"ד אי איפשר להזימם דלהזמה צריכין מומחין, וגם לכ"ע קשי' השתא דליכא מומחין גם בארץ ישראל היאך כשרים כל עדות דעלמא, ובפרט לדעת רש"י ב"ק [ע"ה:] בד"ה היכא דטעמא דעדות שאי אתה יכול להזימה הוא כדי שייראו לשקר והשתא דאינם יראים מפני הזמה אמאי כשרים. ונ"ל דלדעת רוב הפוסקים דבכל מידי דקנסא מהני תפיסה, וכן פסקינן בש"ע [סימן א' סעיף ה'], ובקל יכול לתפוס כמ"ש הש"ך [בס"ק י"ז] בשם מוהרש"ל [וכן הדבר מוכרח לדעתו דס"ל דבמידי דלא שכיח נוכל לקבל עדות טרם שתפס, והרי גביית עדות מצרכינן לפני ב"ד דווקא, ואם נימא דתפיסה לא שכיח שוב אין עליהם תורת ב"ד בכל מידי דל"ש דבעינן מומחין דווקא, אלא וודאי משום דתפיסה עצמו שכיחא לכן הגביית עדות הוא למילתא דשכיחא], ולהכי הוי שפיר עדות שיכול להזימה ע"י תפיסה. איברא לדעת רבוותא מובא ברא"ש וטור דבכל מילין דקנסא דלית ליה פסידא מן הקרן לא מהני תפיסה, ובפרט לדעת ר"ת בתוס' ב"ק ט"ו [ועי' לעיל סימן הקודם אות א'] דצריך שיתפוס אותו דבר עצמו קשי' דגבי הזמה לית ליה פסידא ולא שייך אותו דבר עצמו, ודוחק לומר דסברי דגבי ממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה:

ונראה דהנך רבוותא לא סברי כדעת רש"י ב"ק הנ"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה הוא מצד הסברא, רק מגזירת הכתוב. וכן מפורש בתוס' ריש מכות בתירוצם השני דגבי עדות דבן גרושה לא בעינן שיכול להזימם, [ולדעת רש"י בע"כ צ"ל כתירוץ הראשון שם], וכיון שהוא מגזה"כ לא קפדה רחמנא אלא היכא דהעדר הזמה הוא בעדותן כגון שהעידו על טריפה או דלא ידעו בחקירות, או בגופן של העדים כגון בעדי טרפה, אבל היכא שאין החסרון בעדותן רק בשביל הדיינים שהעדר הזמה הוא מצד אחר, ע"ז לא קפיד רחמנא לפסול עדותן בשביל הכי:

ד **בתוספות** ד"ה שלא תנטול וכו' וא"ת והא אשכחן בכמה דוכתין שהיו דנין בבבל גזילות וחבלות וכו' וי"מ דוקא גזילות שע"י חבלות כגון דמינצו בי תרי ומחו אהדדי עד שתוקף אחד וגוזל את חבירו דכי האי גוונא לא שכיח ולא עבדינן שליחותייהו עכ"ל, ולדעת הסמ"ע [ס"ק י"ד] ומהרש"ל מובא בש"ך [ס"ק פ'] כן הוא דעת הרמב"ם ורא"ש והמחבר בש"ע [סעיף ג'], ועיין בקצה"ח [ס"ק ג'] שתמה על הסמ"ע שהרי הרמב"ם והמחבר פסקו דריפוי ושבת גובים אפי' במקום נזק דלא שכיח, כיון דמשכחת להו במקום דליכא נזק, וא"כ בגזילות שע"י חבלות נמי, נהי דהשתא לא שכיחא כיון דמש"ל בגזילות לחוד והיא תימה רבתא, ועיין בתומים [ס"ק א'] שכתב דרמב"ם ס"ל דגם חבלות שכיחי, רק דחסרון הוא לא שכיח משום דתשלומי נזק שמין כאילו נמכר בעבד עברי, ואין עבד עברי נוהג בזמן הזה, והא תינח בתשלומי נזק, משא"כ בריפוי ושבת. ולהכי גם במקום נזק מגבין ריפוי ושבת כיון שגם במקום נזק שכיחי משא"כ בגזילות שע"י חבלות דהשתא מיהת לא שכיח. איברא בעיקר הדברים יש לחקור בזה ע"פ הדבר שחידש לן במהרי"ט חלק אה"ע [שאלה י"ב] לענין אין אונס בגיטין וז"ל שם בתה"ד ומיהו נראה שאין להשוות סיבת האונס לאונס עצמו דמאחר שהאונס עצמו תלוי ע"י סיבות קרובות והוי ליה לאסוקי אדעתא אע"פ שאירע הדבר במקרה שנתגלגל ע"י סיבה רחוקה, כגון שנחבש ע"י בנו או אביו, שהדבר ברור כשמש שרחמיו עליו, ולא היה לו להזיקו מאחר שהתפיסה היה ראוי לבוא ע"י מערורי ומעלולי הו"ל לאתנויי, וכדאמרינן בגמרא דכיון דלא אתי איהו דאפסיד אנפשי' שעל דעת כן גירש וכו', ואע"פ שהדבר הזה הסברא מחייבתו, יש להביא סעד מהא דאמרינן נדרים [כ"ג.] בעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי דהו"ל נדרא למשרי אתא לקמי' דרבנן אמרו ליה כמה זמנין מי נדרת אדעתא דהכי אמר להו אין כיון דחזי ההוא קצרא דמצערי רבנן מחייה, אמר אדעתא דמחיין קצרא לא נדרי ושרו ליה רבנן, אמר ליה רב אחא מדיפתי לרבינא והא הו"ל נולד ותנן אין פותחין בנולד, אמר ליה לאו נולד הוא שכיחי אפיקורי דמצערי רבנן, ומסתמא סיבת ההכאה לא אסיק אדעתיה שיצערו רבנן ויקום הכובס לחוש על כבודם של חכמים ויכנו הכה ופצוע, דאפיקורי במלתא דשייך דווקא שכיח דפקר, ולא שכיח שיחושו על כבודן של חכמים, אם היה מבזה אותם, ואין שונא אוהב, אלא כיון שההכאה

עצמה

עצמה שכיחא דמצערי להכאתייהו ואיפשר היה שיצערנו על עסקי הנדר על סיבה קלה הלכך לא הוי נולד אלא מצוי מקרי עכ"ל הצריך לעניינינו:

ובפשטות הדברים ע"כ צ"ל דהא דכתב מתחלה מטעם כיון דעיקר התפיסה שכיחא לאיש רוע מעללים כמוהו אע"ג דנתגלגל עליו ע"י סיבה דלא שכיח הו"ל לאתנויי וכו', לא מפני זה לבד בנה דיק ושפך סוללה, רק כיון דלקושטא נזדמן כך בשאלה זו שהרי בגיטין אפי' באונס דלא שכיח לא מהני מידי מפני תקנת חכמינו ז"ל משום לנועות ופרוצות, וגם בראי' שהידם גבי ההוא קצרא לא שייך טעם זה, רק עיקר ראייתו הוא דלא משגחינן על הסיבה שנתחדש במסובב ע"י דבר דלא שכיח כלל אפי' בדומיא דאכלו ארי' שגם בגיטין יש אונס כזה, דדווקא התם שנתחדש בעצמותו דבר דל"ש כלל משא"כ היכא דבעצמותו ליתא בסוג זה רק שנתגלגל ע"י סיבה דלא שכיח כלל, אין אנחנו הולכים לדון את פני הדבר בתר הסיבה, רק בתר עיקר הדבר ועי"ז מביא ראי' בצורה מההוא קצרא, וצריך להבין דא"כ בגזילות שע"י חבלות נמי כיון דעיקרו שכיח תו לית לן אם נתגלגל ע"י דבר דלא שכיח כיון דמשכחת לה שלא ע"י סיבה כזאת [ועי' ב"ק פ"ד ע"ב אמרי דאייעד התם ואייתוהו להכא והוא מילתא דלא שכיח, דאתו רבנן דהתם ואייעדוהו הכא סוף סוף מילתא דל"ש עי"ש, הרי אע"ג דעיקר הנגיחה שכיחא במועד מ"מ כיון שנסתבב פני הדבר ע"י מילתא דל"ש, דינו כדבר דלא שכיח, איברא מזה לא קשה מידי כיון דאי איפשר שיסוב זה הדבר רק ע"י סיבה דל"ש משא"כ בדברי מהרי"ט וכן בההוא קצרא דאיפשר שיכוהו בשביל הנדר עצמו כמ"ש שם], אכן מגזילות שע"י חבלות קשי' על מהרי"ט וא"ל דשאני התם כיון דמדאורייתא אפי' במידי דשכיחא בעינן מומחים רק דחכמינו ז"ל עבדו תקנתא במידי דשכיחא ומש"ה בעינן דווקא מידי דשכיח מתחלתו ועד סופו ומכל הצדדים, שהרי גם גבי אונס בגיטין דמדינא אפי' במידי דשכיח ולא שכיח יש אונס רק דרבנן עבדו תקנתא משום לנועות ופרוצות, אבל במידי דלא שכיח כלל אוקמו אדינא, אפ"ה היכא דהסיבה ל"ש כלל קיימינן הדבר בתר תקנת חכמינו ז"ל, [והתם האונס עצמו הוי רק שכיח ולא שכיח כמ"ש מהרי"ט בתחלת התשובה דהוי מילתא דשכיח קצת], וליכא למימר דא"כ קשיא לתוס' ולהפוסקים כוותייהו דבגזילות שע"י חבלות אין דינן השתא, דדינו כלא שכיח, מעובדא דר' ישמעאל בר"י בש"ס נדרים דהתירו לו משום דשכיחי אפיקורי דמצערי והלא לא שכיח שיכהו משום כבודן דרבנן, כבר הקשה כן בנימוקי יוסף על נדרים בספר אבי ה' ז"ל והקשו דדבר דשכיח משוי ליה לנדר נדר בטעות, אבל נולד דהוא מילתא דלא שכיחא לא משוי לי' טעות שלא היה לו להעלות כך על לבו כדי שיוכל לומר פתיחי שאלו היה עולה כך על לבי לא הייתי נודר ואמרינן דאפילו דבר זה שכיח הוא שאפיקורסים שכיחי לבקש עילה שיוכלו להכות רבנן ומצי לאסוקי אדעתא דמשום דמצערי רבנן אדרבא הוי משכח עילה ומחי ליה אפיקורא א"כ שכיחא שמפקירין עצמן במעשיהן להכות מאן דמצער רבנן עכ"ל, הרי להדי' דדעת נימוקי יוסף דלא כדעת מהרי"ט אלא דמשגיחין גם על הסיבה:

ולכאורה יש ליישב דברי מהרי"ט להצילו מקושי' הנ"ל. מדברי התוס' דנקטי דגזילות על ידי חבלות הוי מילתא דלא שכיח, דמטעם אחר הוא דלא מצינן לדייני' בזמן הזה והוא משום דנקטינן דגם גבי דיינים אמרינן הואיל ובטל מקצתו בטל כולו, כמ"ש המשנה למלך [פרק ט"ז מהלכות עדות הלכה ה' גבי נמצא אחד מהדיינים קרוב, וה"ה לבטלה מקצתו, כמבואר בירושלמי ריש מכות, דעדות שבטלה מקצתה נלמד מנמצא א' קרוב או פסול], והואיל ואינם יכולין לדון על החבלה מש"ה לא מהני גם על הגזילה. איברא לקושטא ליתא כלל דלא מצינו ביטול כי אם מדבר היש, ולא מדבר שאינו, דבשלמא אם היו דנין על הגזילה ועל החבלה הייתי יכולין לומר הואיל ובטל לגבי חבלה בטל נמי לגבי גזילה, משא"כ עכשיו דאין יכולים לדון על החבלה היאך יכולים לומר דיגרור גם את הגזילה אחריו דהיאך יכולים לומר דדבר שאינו גורר אחריו דבר היש:

אמנם אכתי יש למצוא מקום ליישב דברי המהרי"ט ע"פ הדברי' האלו דנהא עליו מכח קבלת העדים דהואיל ולא מהני סהדותייהו לגבי חבלה לא מהני נמי לגבי גזילה ומש"ה הוא דאין דנין בזמן הזה גזילות שע"י חבלות דהוי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ולגבי עדות הוי דבר היש, דראייתן והגדתן שראו את החבלה מקלקלתן נמי לגבי גזילה [ועי' בהשמטות]:

ועפ"ז יש ליישב נמי דברי הסמ"ע מקושי' קצה"ח הנ"ל, דכיון דמכח הגדתן של עדים הוא דאתאן עלה. לפרש טעם דברי התוס'. השתא יש לחלק חילוק רב בין הך דהכא להההוא דריפוי ושבת דשאני התם בהסיא דריפוי ושבת דלא הוי רק עדות אחד רק דנוכל להשתמש בו לשני דברים לענין נזק ולענין רו"ש, ומש"ה משתמשין בו במה שצריך לנו ולא איכפת לן במה שמצטרך ג"כ לדבר שאין צריך לנו, משא"כ בהך דגזילות שע"י חבלות דהוי שני הגדות נפרדות שהגידו בבת אחת, ומשום הכי אמרינן הואיל ובטלה הגדתן במקצת בטלה בכולה, [ועי' יבמות ד' קי"ז במשנה שם שאין האחים נכנסים לנחלה ע"פ דחזינן דהואיל ולא הוי רק חדא הגדה אלא שמשמשת לנו על שני נושאים לא אמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה], ותו לא קשה ממה שפסק הרמב"ם והמחבר דגובין ריפוי ושבת גם בנזקין דלא שכיחי דכיון דלאו משום מילתא דל"ש הוא דאין גובין גזילות שע"י חבלות רק מטעם שאין לנו עדים בזה. איברא עודנו הדבר תלוי במחלוקתן של הרי"ף והרא"ש דהיכא דבא הניזק לפנינו ואמר קבלו עדותי שאם אתפוס משלו היום ומחר לא יוציאו מידי, דלדעת הרי"ף דשומעין לו אזי גם לעדות של חבלה יש מקום להגדתן עכשיו, וממילא לא בטלה עדותן כלל, ולפי מ"ש הרמ"א בש"ע [סי' א' סעיף ה'] כהרא"ש דאין שומעין לו אזי עולים דברינו הנ"ל במסילה הישרה והנכונה:

וכבר כתבתי בזה זה זמן רב [והוא בזי"ר חלק ראשון באבן העזר הלכה ג' סימן ד' אות ז' יעו"ש] ליישב דברי הרשב"א מקושיית הנודע ביהודה [חלק אה"ע סי' ע"ב] דמחלק הרשב"א מובא בסמ"ע [סי' ל"ד ס"ק ס"ד] דהיכא דאומר אשתך זינתה עמי פלגינן דיבורי' משא"כ היכא שאומר זניתי עם אשתך דלא פלגינן דיבורי', ותמה עליו הנו"ב מההוא דגיטין [ח':] עבד שהביא גיטו וכתוב בו כל נכסי קנויים לך דפסקינן דעצמו קנה נכסים לא קנה, והתם נמי אי איפשר לומר דפלגינן לדבורי', ולפי מה שכתבתי ניחא דשאני התם בההוא דעבד דאומר בפני נכתב ובפנ"ח והוי עדות המשמשת לשני דברים, ומש"ה לא איכפת לן במה שמשמש גם לדבר אחר שאין אנו יכולים להאמינו, משא"כ בההיא דרשב"א דבענין הגדתו אין אנו יכולים להאמינו על עצמו רק ע"י פלגינן דיבורי' והיכא דאי איפשר לחלק דיבורו לא מהימנינן לו כלל, [ועי' מ"ש בהגהות והערות בדיני עדות ליישב דברי רשב"א באופן אחר]:

ה שם בסוף הדיבור וז"ל וא"ת והיאך היו דנין דיני גזילות ובאיזה נשך היאך היו דנים דיני רבית הא אמרינן ריש הגוזל קמא הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהם עכ"ל, ויש להבין דאיזה התקשרות ושייכות קושי' זו לסוגיין דידן ולא למ"ש קודם לזה, ונראה לפרש דבריהם דעיקר קושי' זו תליא בשני התירוצים דלעיל, דאם נימא כתירוץ אחרון דלעיל דגזילות לחוד שכיח ועבדינן שליחותייהו תו לא קשה קושי' זו אבל לתירוץ הראשון הוא דקשה, וא"כ הרי ראי' מוכרחת דעיקר כתירוץ השני דגזילות שכיחי רק גזילות שע"י חבלות הוא דלא שכיחי, דלכאורה יש לדקדק על קושייתם זאת דהא גזלנים ומלוי ברבית אע"פ שהחזירו אין מקבלים מהם, ומכח קושי' זו הכריח ר"ת לחדש דדווקא בימי רבי לחוד, דהא מבואר בש"ח מובא בש"ך [סי' שס"ו] דהיכא דהגזל חייב לאחרים מקבלים מהם, וא"כ מה הוא מן התימה כל כך מאותן סוגיות שהביאו דנזקקין להם דיש מקום לומר דמיירי בחייב לאחרים. איברא נראה ברור דדין זה ניחא לפי מאי דפסקינן בש"ע שם כרמב"ם דהא דאין מקבלים הוא דווקא כשעושה תשובה ובכדי להקל עליו, נמצא לדעתו תקנה זו היא פרטית בשביל גזלן זה שבא לעשות תשובה, ולכן אין מן הדין להקל על חייב ולסייעו בכדי שיעשה תשובה, והוא יהיה לוה רשע ע"י זה, אבל לדעת בעלי תוס' שהכריחו שם ב"ק [צ"ד] דאפילו כשלא עשה תשובה והנגזל תבעו בב"ד אין נזקקין לו מפני תקנתא לגזלנים דעלמא להקל עליהם שיעשו תשובה, נמצא דתקנה זו היא כללית ולדעת הר"ת שם הוא בלתי גבול כלל, ואפי' בגזל באקראי ואפי' כשלא עשה תשובה, וכיון שהיא תקנתא דעלמא גם כשחב לאחרים נמי דמוטב לו שיעשה הוא איסור קל כדי לתקן הרבים מאיסור חמור, [ולהכי ר"ת לשיטתו הוכרח לחדש דדווקא בימי רבי נשנית משנה זו]:

איברא יש להבין כיון דעיקר ראייתם דב"ד נזקקין להוציא מן הגזלן מהאי דבנה אקלקילתא דיתמי וכיון שכבר תירצו לעיל דמיירי כשתפס והרי התם ביתומים קטנים איירי כמ"ש הרשב"א שם, וקטנים לא בני קבולי עלי' תקנתא דרבנן כמ"ש רש"י נדה [מ"ו:] בד"ה איסורא נמי ליכא ובשלמא לתירוץ השני ומיירי כשלא תפס פשיטא דאין נזקקין להם ע"פ תקנתא דרבנן להוציא מאחרים, אבל כשתפסו אמאי לא

יחזיקו

יחזיקו בשלהם, וגם לתירוצם השני לא קשה כל כך דנהי שאין מסתברא לאוקמוה בדתפס דבלאו הכי דנים דיני גזילות, אבל מ"מ לאחר תקנתא דרבי יש לומר דאין נזקקין אלא בדתפס, ולא עוד אלא אפי' בנגזל עצמו מסתבר לומר דהא דאין נזקקין היינו דאין מוציאין מיד הגזלן כדי לסייע לגזלנים דעלמא שיחזרו בתשובה מכאן והלאה, אבל כשתפס מן הגזלן אין מוציאין מידו דעביד איניש דינא לנפשיה דלא גרע מהדיוטות דאין נזקקין בדינו ואפ"ה כשתפס אין מוציאין מידו, אם מטעם דעביד איניש דינא לנפשיה או משום תקנתא דרבנן כדי שלא לעקור מדינא דאורייתא לגמרי, או משום דחשיבא כאלו כבר נפרע כמבואר ברא"ש סוף פ"ק דב"ק, [וכמ"ש בסי' הקדוש אות ד'], ומכש"כ לענין זה שעיקרו מתקנתא דרבנן בעלמא, וגם מדפסיק ותני וכל המקבלו אין רוח חכמים נוחה הימנו, ולא מידכר בשום מקום שיתחייב להחזיר אפי' לצאת ידי שמים:

ונראה דעיקר קושיא זו הוא לתירוץ הראשון דגזילות לא שכיח ולא עבדינן שליחותייהו רק כשתפס, שפיר קשיא להו דנהי כשתפס אזי הב"ד נזקקין לו כדי להחזיק מה שבידו ולא נמנעים מצד תקנתא דרבי, אבל כיון דלקושטא אין רוח חכמים נוחה הימנו אפי' כשתפס שהרי גם המקבלו מדעתו אין רוח חכמים נוחה הימנו תו אי איפשר לומר שילמלמו לעשות תקנה חדשה כנגד דינא דאורייתא [דבעינן מומחים דוקא] שאין לו מקום לחול רק במקום שהוא נגד רצון חכמינו ז"ל, וגם אפי' ביתומים קטנים ותפסו דלאו בני קבולי תקנת חכמינו ז"ל נינהו, אבל מ"מ בעצמותו הוא נגד רצון חז"ל אזי מוטב להניח הדבר על דינא דאורייתא משיעשו תקנתא דלא חיילי רק במקום שהוא נגד רצונם. אבל לתירוץ השני דגם גזילות שכיחי כמו הודאות והלוואות, הרי גם גזילות הוא בכללא דהודאות והלוואות, אזי פשיטא דלא יצא מן הכלל כל היכא דנפקא מתקנתא דרבי כגון ביתמי היכא דתפסו או אפי' בנגזל עצמו כשתפס וכמ"ש לעיל, הגם דמ"מ הוא נגד רצון חכמינו ז"ל בשביל זה לא נוציאנה מן הכלל, הגע בעצמך גבי הודאות והלוואות כה"ג כגון באינו יודע אם נתחייבתי ותפס אידך דלדעת רוב הפוסקים נזקקין גם השתא דליכא מומחין ומוציאים מיד המלוה ואע"ג דחייב לצאת ידי שמים [כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ו בשם הרמב"ן, ובסי' כ"ח ס"ק ב', ועיין בתומים שם ס"ק ד'], אפ"ה לא יצאה מכלל תקנת חכמינו ז"ל שתקנו בכל סוג זה דלא בעינן מומחין ועיין, והשתא ניחא דקושיא זו אזלא ליה הכי, דמכח קושיא זו יסוב ממילא דעיקר הדבר כתירוץ השני דלתירוץ הראשון הוא דקשיא ליה ולתירוץ השני ניחא וכמ"ש לעיל:

ו הנמוקי יוסף בריש פרק החובל כתב בשם הרא"ה וז"ל, אבל גזילות נראה בכל הש"ס דמילתא דשכיחי נינהו וגובין אותו בבבל, כדאמרינן בהכיא דגנב פדנא דתורי כו', ואי קשיא כו', הכי תירוצא, דאנן לא אמרינן התם דגזילות לא שכיחי אלא כעין ויגזול את החנית מיד המצרי דלא שכיחא, אבל שאר גזילות כגון שטרותיו של חבירו שהפקיד אצלו ושלח ידו בפקדון והאומר שגזל מה שנתן לו לשמור הכי וודאי שכיחי וגובין אותו בבבל, ואפילו כעין ויגזול לא אמרינן אלא לענין תשלומין כגון שאין הגזילה קיימת שאין מחייבין אותו לשלם כיון דלא שכיח אבל אם היא קיימת מחייבין אותו להחזיר ואין מניחין אותו לעבור על דברי תורה, עכ"ל. ודברי קדשו צריכין ביאור מתחלתן ועד סופן, דהאי דפדנא הרי החזירו בעצמו, ומנ"ל דמחזירין ע"י ב"ד, ובמה שקנסו לשלם שבחא בל"ז נ"ל דקנס שקנסו חכמים בפירוש שאני, שהרי גם למסקנת דבריו היכא דבאיסורא בא לידו וליתא בעינא בעינן מומחים דסמיכי וקשיא מפדנא דליתא בעינא ובאיסורא בא לידו, אלא בע"כ נ"ל קנס שקנסו חכמים בפירוש שאני, נמלא דמעובדא דפדנא ליכא שום ראיה להני כללי שמבואר אח"כ. ונראה בביאור דברי קדשו דנראה מגמרא ופוסקים דזהו דין קבוע דגזלן עתיקא צריך לשלם השבח מקנסא שקנסו חכמינו ז"ל, וכן משמע להדיא מדברי רמב"ם [פרק ג' מהלכות גזילה הלכה ו'] ומדברי ש"ע [סי' שס"ג סעיף ג']. ואין זה בכלל המבואר בש"ע [סימן ב'] דב"ד מו"ע שלא מן הדין, דהתם בצורך שעה תליא מילתא כדאיתא ביבמות [דף צ':] ואפי' לעקור דבר תורה בקום ועשה כמו מאליהו בהר הכרמל דהתם משום למגדר מילתא ולורך שעה דוקא, ואפי' בהנך כתב הנמוקי יוסף בפרק שביעי דסנהדרין [דף כ"ב:] דזהו דוקא בסנהדרי גדולה או בנביא מוחזק [ועמ"ש ריש סימן מ"ז לפרש דבריו שם], ונ"ל דגבי מילתא דממונא שאני דיכולין לתקן ולעקור הדין אפי' לדורות כמו גבי ירושת

הבעל ביבמות [דף פ"ט:], ותקנת מרים דמהני אפי' לגבי דאורייתא לצאת חובתו גבי סוכה כמ"ש תוס' סוכה [דף ל':] ד"ה שינוי וכיולא בו שהוא מצד הפב"ד כדאיתא שם ביבמות [דף פ"ט:]:

איברא מליצנא דגמרא דמשני רב נחמן גזלן עתיקא הוא ובעינא למיקנסיה משמע דלאו מתורת הפב"ד הוא דנחית ליה לאפקועי ממונא, וגם מדכתבו הפוסקים דדוקא גדול הדור כגון ר"נ וכו' [הרא"ש ב"ק בעובדא דפדנא ובסמ"ע סי' שס"ג סק"ט ועמ"ש בסמוך] ש"מ דלאו מתורת הפקר הוא, דא"כ כל בי דינא שאח"כ נמי כמו גבי ירושת הבעל, אלא ודאי דגם ר"נ בעצמו לא נחית לתקנתא זו מתורת הפקר מעיקרא וא"כ הדרא קושיית הש"ס ביבמות גבי ירושת הבעל לדוכתיה כיון דלאו מתורת הפקר הוא היאך יוכלו לעקור דבר תורה בקום ועשה כיון דמדאורייתא שבחא דגזלן הוא:

ולקושטא לא קשה מידי לפי המבואר בשיטה מקובצת שם דהא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ואינם משלמים השבח שע"י מלאכתו דגזילה, הוא מפני תקנת השבים לבד, וכן כתב הסמ"ע [בסי' שס"ג ס"ק י"ג], וכיון שהוא רק מצד תקנתא דרבנן להכי בגזלן עתיקא ואין דעתו לחזור בתשובה קנסוהו רבנן והעמידוהו על עיקר דינא דאורייתא:

והנה מסתברא מילתא דנהי דשבחא דאתי מעלמא הוא של גזלן רק מתקנתא דרבנן וזהו קודם יאוש דוקא, אבל בשבחא דאתי מעלמא לאחר שנתייאשו הבעלים מגופו אזי גם מדינא דאורייתא הוא של גזלן, וכדמות ראיה לזה שהרי לדעת רמב"ם מובא בש"ע [סי' שס"ב סעיף א'] דשבחא דגופא הוא של הגזלן לאחר יאוש דווקא, [ושאר פוסקים חולקים עליו כמ"ש בסמ"ע שם ס"ק ג' וס"ל דאפי' קודם יאוש הוא לגזלן], ובשבחא דאתי מעלמא גם לרמב"ם קניא ליה לגזלן אפי' קודם יאוש, שהרי סתמא קתני כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ומסתם גזילה לא נתייאשו הבעלים [כמבואר בש"ע סי' שס"א סעיף ג'], אלא וודאי דשבחא דמעלמא קילא ועדיפא למקניא וקניא ליה בלא יאוש, [ועוד ראיה דאי לא תימא הכי קשיא לרבה דס"ל שם (דף קי"ד) דאפי' היכא דשמעינן דמייאש לא מהני לרבנן גבי גזילה דמסתמא לבו בל עמו, וא"כ קשיא ליה מתניתין דקתני כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ודוחק לומר דאתיא כר"ש]. ומעתה נשמע ממילא דכשם דלדעת רמב"ם מחלקינן בין שבחא דעלמא לשבחא דמגופ' ה"ה לפוסקים החולקים עליו וסברי דגם שבחא דמגופה קניא ליה בלא יאוש מתקנתא, הגם דאפשר לומר דמדלא חלקו בין קודם יאוש לאחר יאוש משמע דבזה מודים לרמב"ם דאפי' גם לאחר יאוש קניא ליה רק מתקנתא, אבל בשבחא דמעלמא כגון בהמה ועשה בה מלאכה דכיון דעדיפא לקנויה, אזי אם עשה מלאכה לאחר יאוש קנויס לו מדינא:

ולאחר שנתבררו הנחות אלו הרי ראייתו מוכרחת דבע"כ צ"ל דהיכא דגזיל' קיימת מוציאין אפי' השתא דליכא מומחין כלל, דאל"ה א"כ השתא בכל גזילות הרי כבר נתייאשו הבעלים כיון דלית ליה דיינא להוציאו מן הגזלן, והרי כל עיקרו של יאוש בבי דינא תליא מילתא כדאיתא שם ב"ק [דף קי"ד] דעכו"ם דדיינא בגיותא לא מייאש ובר ישראל כיון דאמרי מימר מייאש, ומכ"ש היכא דליכא בי דינא כלל, וכיון שנתייאש הימנו מיד הרי קניא ליה לגזלן השבח מדינא דאורייתא, אזי תו לא נוכל להוציאו ממנו ע"י הקנסא וקנסא דרבנן וכמ"ש לעיל כיון דלאו מתורת הפקר הוא:

הנה דברי הרא"ש בעובדא דפדנא שכתבנו לעיל דבעינן דווקא גדול הדור כרב נחמן בדורו. נראה פשוט שהוכיח כן מדברי הרב בהלכות מדהביא שם בהלכות ראיה מדברי אליעזר בן יעקב דב"ד מו"ע משמע מדבריו דשוין הם זה לזה והלא התם דווקא בצורך שעה ולמגדר מילתא, משא"כ בעובדא דפדנא שהוא במילתא דממונא דיכולים לתקן מתחלה גם לדורות כמו בירושת הבעל וכדומה שהוא מצד הפב"ד, וממילא דלדורות הבאים אינו צריך לגדול הדור דווקא כמו בכל הנך דתקנו משום הפב"ד, אלא ודאי מדהשווה הרב ההוא דפדנא לדברי ראב"י ש"מ דדמי ליה באיזה סניף, וא"ל דנדריה בלבד הוא דתיקן דדחיק ליה לומר דהרב בהלכות יחלוק בזה עם הפוסקים מסברא שהוא דין קבוע לדורות, אלא ש"מ דדעת הרב להשוות מיהא בזה לדברי ראב"י דבכל דור צריכים דווקא לב"ד חשוב, והיינו טעמא משום דלאו מהורת הפקר נחית ליה, ואע"ג דלדרי עלמא תיקן אפ"ה בעינן דבכל דור יוצא הנידון זה ע"פ ב"ד חשוב דווקא דאלומי, ודמי להא דאמרינן בגיטין [דף ל"ו:] גבי תקנת הלל בפרוזבול דמעיקרא מקשה הש"ס כן, ואי אמרת לדרי עלמא תיקן בשאר ב"ד נמי, ומשני לא דילמא כי תיקן

הלל

הלל לדרי עלמא כגון ב"ד דידיה וכרב אמי ורב אסי, וה"נ בנידון דה"נ גבי פדנא, וזהו שכתבנו לעיל שבעל הנימוקי יוסף קבע בו מסמרות דלאו מתורת הפקר הוא, [ואין להקשות שהרי לדברי רש"י שם שינויא דרבא קאי גם על עיקר תקנתא דהלל דאפי' שומת כספים דאורייתא מהני משום הפב"ד ואפ"ה בעינן בכל דור ב"ד חשוב דוקא, דמסתברא להשוות מילתא דפדנא לירושת הבעל שעניהם יפלו על צד מקרה והזדמן, וא"ל דהא גבי ירושת הבעל נמי הוי דבר הרגיל כמו גבי שומת כספים, עיין תוס' כתובות (דף נ"ג) ד"ה שאין, דלא מצרכינן גבי ירושה לטעמא דהפב"ד רק בנכסי מלוג ותו לא הוי רק דבר המקרה, משא"כ גבי פרוזבול שהוא עקירה למ"ש בתורה לכל הלווים שבכל דור ודור, וכמ"ש התוס' שם (דף ל"ו.) בד"ה מי איכא מידי וכו', ונהי דלדעת רש"י גם בפרוזבול איכא שינוי' דרבא מ"מ בעינן מיהת מש"ע ב"ד חשוב לזה בכל דור ודור, כללות הדברים כיון שהוא יסוד מוסד דגבי פדנא מצרכינן בכל דור ודור ב"ד חשוב דוקא, הגם שהוא דרך מקרה בלבד הרי בע"כ צ"ל דלא מטעם הפקירא הוא], אלא מפני שכל זכיות הגזלן בשבח מלאכה הוא מתקנת חכמים בלבד, ולהכי גבי גזלן עתיקה אוקמוהו אדינא דאורייתא, ולפ"ז ממילא מוכח דהיכא שהגזילה עודנו בעינא יכול להוציאו אפי' על ידי הדיוטות, דאל"כ הרי מעיקרא איאושי מייאש מיניה כיון דהשתא ליכא מומחין דהמיכי כלל, וכל היכא דמייאש אזי שבח מלאכה שאח"ז הוא של גזלן מדאורייתא. ושוב רפתה כח חכמינו ז"ל להוציאו מידו אם לא בתורת הפקר לבד, ועיין היטב. איברא כדאמרינן השתא דהיכא דאיתא בעינא עבדינן שליחותייהו גבי גזילה הדרינן לכללא דסתם גזילה לא נתייאשו הבעלים אפי' לגבי ישראל, וכמ"ש הש"ך [בסי' שס"ח] באריכות שכן הוא דעת הרבה פוסקים:

כל זה הארכנו לתרץ דברי הנמו"י שהביא ראיה מההיא דאפדנא דבגזילה בעין לא בעינן מומחין. אכן התוס' ס"ל דגם בקנס דרבנן בעינן מומחין כמבואר בדבריהם סנהדרין [דף ג'] בד"ה שלא, דמוקי לה להיא דאפדנא כשתפסו:

ואכתי דברי הנמו"י צריכין בירור דאמאי לא הביא ראיה לדבריו דבגזילה בעין לא בעינן מומחין מההיא דאי תפס לא מפקינן מיניה דהוא מתקנת חכמים כמבואר בנ"י עצמו בסוף פ"ק ע"ש, דלמה להו לחכמים לתקן בזה דהא בלא"ה לא מצינן להוציא מידו דגם אם אין האמת כדבריו והו"ל גזלן ובגזילה בעינן מומחים, אלא ודאי מוכח מזה דבגזילה בעין ל"ב מומחים, וא"ל דתקנת חכמים היה שלא יוכל אידך לחזור ולתפוס [כמבואר בים"ש פ"ק דב"ק סי' מ"ג, ועמ"ש לקמן סי' מ"ח ריש נתיב ג' ליישב דעת הים"ש מקו' הנתיבות סי' א' ס"ק ה'], זה אינו דכל זה הוא רק לפי האמת דבגזילה בעין ל"ב מומחים, הא אי הדר ותפס דין אותו כדין כל גזילה בעין, משא"כ אם נימא דגם בגזילה בעין בעינן מומחים, אזי ודאי גם בחזר ותפס אי אפשר להוציא מידו. ונראה בביאור דברי הנמו"י דמש"ה לא הביא ראיה זו משום דאיפשר לדחות דהתקנה היה בזמן הש"ס שהיו אז מומחין בא"י כמבואר בש"ס ב"ק [דף פ"ו:] דהאי אמר קבעו לי זימנא דאזילנא לא"י קבעינן ליה ואי לא אזיל משמתינן ליה, ולהכי צריכים לתקנתא דאי תפס לא מפקינן מיניה דבל"ז היה יכול הגזלן לכופו שיעלה עמו לארץ ישראל כיון שעדיין לא נתברר לנו שתפס כדין:

גם מ"ש הנמוקי יוסף לחלק דהיכא דבעיתרא אתא לידיה הוי מילתא דשכיח, ונקט ליה בתלת גווני או כשהפקיד שפרותיו הללו או שפלה יד בפקדון או בשומר שגזל מה שהפקיד הללו דהני ודאי שכיחי. ויש להבין דשערות מאן דכר שמייהו. ועוד הכי לא נדע מעלמינו דכל כמה דלא דמי לויגזול את החנית דנקיט ליה בריבא, דינו כבהיתרא אתא לידיה. ונראה דכוונתו נמשך למה שכתב בסוף דבריו דגם היכא דאתא לידיה באיסורא ואיתא בעינא מחייבין אותו להחזיר ואין מניחין אותו לעבור על ד"ת, הרי אע"ג דעיקרו לא שכיח אפ"ה נזקקין לו בכדי שלא לעבור בכל שעה ושעה על עשה דהשבת הגזילה, וגם דהשתא הבעלים ניחא להם בשלהם. מובן מזה דזהו שייך רק בדבר שגופו ממון אבל היכא דגזל שערות דאין גופן ממון דלא קנאם הגזלן ולא נתחייב בהשבה מן התורה [כמבואר בש"ך סי' שפ"ו ס"ק י"ג] וגם הבעלים אינם רצין אחריהם לגופן רק לגרמא שימשך מהם, דאזי אפי' היכא דגזלם מידו והיתא בעינא אפ"ה אין נזקקין לו השתא דליכא מומחים, כיון דעיקרו לא שכיח ותכליתו שוה לליתא בעינא כמובן, ולהכי נקט לה מעיקרא בשערות שהוא מילתא דפסיקא דדווקא משום דבהיתרא אתא לידיה הוא דנזקקין לו דאפי' דאיתא בעינא לולא דבהיתרא אתא לידיה לא נזקקין לו השתא, ואח"כ נקט לה בשולח יד בפקדון דעיקרו נשית לזה דאפי' נאנס אח"כ ובכברה כל החבית חייב לשלם, דמחייבינן ליה גם השתא משום דבהיתרא אתא לידיה. ולבסוף נקט ליה דגזל את הפקדון והוליאו, והוא דליתא בעינא והא דנזקקין ליה מטעם דבהיתרא אתא לידיה דאלו איתא בעינא תו לא מצרכינן לטעמא דבהיתרא אתא לידיה כמ"ש אח"כ:

סימן מו

עוד לש"ע סימן א

ובאחרונים שם

א עיין בש"ך [ס"ק ב'] וז"ל וה"ה נזקין דאדם ושור, ועיין בקלה"ח [ס"ק ב'] שהוכיח מתוס' ב"ק [דף י"ד] דלא כש"ך בהא דתנן במתניתין בפני ב"ד פרט לב"ד הדיוטות כתבו שם בתוס' וז"ל ואע"ג דלמ"ד תנא שור לרגלו ומבעה לשינו לא איירי בקנס אפ"ה תני לה ולא קאי אמתניתין וכו', ואי נימא דאדם ושור בעי מומחין א"כ שפיר מלי קאי אמתניתין דהא אדם ושור בתוך ארבעה אבות. אלא ודאי ס"ל דאדם ושור לא בעי מומחין וכו' עכ"ל. וע"ש [בס"ק ג'] הביא ראיה מדברי תוס' הנ"ל דלא ס"ל כדעת רמב"ן ור"ן לחלק בגזילות בין זמן המשנה דאיכא מומחין לא הפקיעו דין מומחין רק מהודאות והלוואות משום נעילת דלת. איברא אח"כ דליכא מומחין כלל הפקיעו ג"כ מגזילות ומכל מידי דשכיח ואית ביה חסרון כיס, וז"ל הקלה"ח הך הם כי דברי הרמב"ן והר"ן נכונים אי איפשר לומר שיהיו תוס' סוברים שיטה זו דהא בסיף פ"ק דב"ק [דף י"ד:] בתוס' ד"ה פרט לב"ד הדיוטות ז"ל ואע"ג דלמ"ד תנא שור לרגלו ומבעה לשינו לא איירי בקנס, ומאי קושיא דהא בזמן המשנה כי היכי דגזילות בעי מומחין כיון דיונעל דלת ע"י מומחין וכמ"ש א"כ ה"ה אדם ושור ושן ורגל בעי מומחין, ע"כ צ"ל דתוס' ס"ל דאין חילוק בין זמן המשנה לזמן הזה, ודלא כפירוש מהרש"א. ולפענ"ד נראה דדברי הש"ך וגם דברי מהרש"א נכונים, ורא"יתו מדברי תוס' הנ"ל לא מיחוור, שהרי גם כשנאמר כדבריו אכתי קשיא דמנ"ל דפרט להדיוטות קאי אמילתא דקנסא דלא איירי במתניתין תיפוק ליה דאפי' בשן ורגל דמיירי בהו בעי ג"כ מומחין כשהזיקו אדם דלא שכיח, כדאיתא להדיא בפרק החובל [דף פ"ד:] ולקמן בש"ע סעיף ג' [ועיין בשיטה מקובלת ב"ק שם בשם תוס' שאנץ]. אכן ביאור דבריהם ע"פ שיתבאר לקמן [באות שא"ז] דגבי מילתא דלא שכיח מהני כשקיבלו עליהם כבע"ד את ההדיוטות משא"כ גבי מילתא דקנסא דכל חיובי דידהו תליא רחמנא בב"ד מומחים דוקא דאשר ירשיעון אלהים כתיב ולא תליא בדעת המתחייב כלל, ומש"ה אפי' כשקיבל עליו המתחייב את ההדיוטות לא מהני מידי, ומסתברא לכו לרש"י ותוס' כיון דקתני בסתמא פרט להדיוטות משמע בפשטא דאפי' כשקיבלו עליהם לא מהני ולהכי הכריחו דבע"כ אמילתא דקנסא קאי, ולפ"ז דברי הש"ך הנ"ל ודברי מהרש"א נכונים וכאשר ביאר בתומים ולק"מ, [ועיין בש"מ ב"ק (דף פ"ד:) ד"ה אילימא בשם פריטי הרמ"ה דאדם ושור דנין השתא]:

ב ולברר זה הן מלבד דמבואר בשמ"ק ב"ק [דף פ"ד] בד"ה ולענין פסק, דבמילתא דלא שכיח מהני כשקיבלו עליהם, ומדפבק למילתא דקנסא משמע דגבייהו לא מהני. ונראה עוד כמשמע ראיה ברורה לזה מש"ס, עיין סנהדרין [דף ג':] אילימא דלא בעינן תלתא והאמר ר' אבהו שנים שדנו אין דיניהם דין, אלא דלא בעינן מומחין מאי קסבר אי קסבר עירוב פרשיות כתוב כאן ליבעי נמי מומחין כו', והשתא הא אמרת דגבי גזילות וחבלות לא מהני אפי' קיבל עליו הדיוטות, אבל בהודאות והלואות פשיטא דמהני קיבל עליה אפי' קסבר עירוב פרשיות כתיב כאן, ותדע שהרי למסקנא סבירא לן דעירוב פרשיות כתוב כאן, רק דהא דלא בעינן מומחין בהודאות והלואות משום נעילת דלת, אבל לגבי תלתא לא שייך נעילת דלת ואפ"ה מהני קיבלו עליה, שהרי לקמן [דף ו'] מוקמינן מהניתין דבכורות דדן את הדין בקיבלו עליה, אלמא דמילתא דמסתבר מעלמו דגבי מילתא דממונא דשכיח מהני קיבל עליה, רק בגזילות וחבלות דלא שכיח נימא דלא מהני קיבל עליה, א"כ מאי קשיא ליה נימא

דס"ל

דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן ובעינן מומחין ושלשה נמי כדר' אבהו, אבל בקיבל עליה הוא דלא בעינן שלשה ולא מומחין משא"כ בגזילות וחבלות הוא דל"מ קיבל עליה, הלא ודאי דפשיטא ליה לגמרא דגם בגזילות וחבלות מהני קיבל עליה לענין מומחין ושלשה, אבל גבי קנסא דתליא בב"ד דוקא ל"מ קבלת בע"ד, וכן נראה להדיא מדברי הרמב"ם [פרק ד' מהלכות סנהדרין הלכה י"ד] וז"ל, וכל דיין הראוי לדון שנתנו לו ב"ד שבא"י רשות לדון יש לו רשות לדון בכל א"י וכו' אבל בחוץ לארץ אין רשותן מועלת לו לכוף את בע"ד אע"פ שיש לו רשות לדון דיני קנסות, בחוץ לארץ אינו דן אלא למי שרוצה לדון אצלו, אבל לכוף את בעלי דינין ולדון להם אין לו רשות עד שיטול רשות מראש הגולה, עכ"ל. ואי נימא דבדיני קנסות מהני קיבל עליה למה ליה כלל הרשות מב"ד שבא"י הא בלא"ה יכול לדונם:

ועוד ראיה מלקמן [דף ג'.] אי הכי תרתי קתני כו' ועוד שלשה שלשה ל"ל, ועיין בפי' רש"י בד"ה תרתי קתני וז"ל מאי למימר וכו' ומשום דחלוקין בדיניהן לא כללינהו בחד כללא, עכ"ל. ואכתי קשיא אמאי קתני חצי נזק ותשלומי כפל וד' וה' בפני עצמם אמאי לא כללינהו בהדי גזילות וחבלות, אלא משום דחלוקין בדיניהם, דגבי גזילות וחבלות מהני כשקיבלו עליהן משא"כ גבי קנסות, ונזק דקתני כדאיתא שם בגמרא [דף ג'] דאגב גררא דחצי נזק נקט ליה והדר קתני האונס והמפתה והמוציא שם רע, לבבא בפני עצמו, שכך דרכו של רבינו הקדוש בסידור המשניות בכמה דוכתי שהקדים איזה בבות כל אחת ואחת לבבא בפ"ע, והדר קתני בבא דשייך גביה כל הבבות שהקדים לזה, וה"נ הקדים שלשה בבות, א'] הודאות והלואות דמהני גבייהו הדיוטות, והדר קתני גזילות וחבלות דבעינן מומחים, אבל קיבלו עליהן הדיוטות מהני, והדר קתני חצי נזק ותשלומי כפל ותשלומי ד' וה', וזהו כשתבע בהדיא לתשלומי כפל וד' וה', דאי בסתמא כשתבעו גנבת וטבחת אזי אמרינן דמסתמא קרנא קא תבע ליה, עיין בש"פ שבועת הפקדון דאפי' לר' שמעון דס"ל גבי אנסת ופתית את בתי דמסתמא לקנסא קא תבעו, היינו משום דקנסא קייץ ובושת ופגם לא קייץ אבל לגבי גנבת דתרווייהו קייצי אזי מסתמא לקרנא קא תבע, אלא ודאי דאיירי כדקתני להדיא תשלומי כפל היינו דאיהו קא תבע הכי ומש"ה לא מהני אפי' כשקיבלו עליהם, והדר קתני האונס והמפתה היינו דקא תבע ליה בזה הלשון עלמו וכדקתני בש"פ שבועת הפקדון, ותליא בפלוגתא דר' שמעון ורבנן דלר"ש לא מהני אפי' כשקיבלו ולרבנן מהני מיהת כשקיבלו כמו בגזילות והבלות, [אבל לא קיבלו עליהם אין דנין כמ"ש בש"ע בסימן זה סעיף ב'], ובמפרש שתבעו גם לקנסא גם לרבנן לא מהני, וכן מוליא שם רע תליא אי בעל קא תבע להפסיד כתובתה אזי נכלל בכללא דהודאות והלוואות, ואם אב קא תבע לבעל למאה כסף אזי נכלל דינו בכלל תשלומי כפל דלא מהני אפי' כשקיבלו, ועיין לקמן [דף ח':] בתוס' בסוף ד"ה ונבילא, דבירושלמי איכא פלוגתא דאמוראי בזה, היינו בענין הסעיפים בפלוגתייהו דר' מאיר ורבנן, אבל בעיקר הדין משכחת לה בתרי אנפין הללו:

ג ויש להתבונן למ"ש לעיל [באות א'] דעיקר כדעת הר"ן ורמב"ן לחלק בין זמן המשנה דאיכא מומחין בעולם אזי לא תיקנו חכמינו ז"ל רק גבי הלוואה ממש דאיכא נעילת דלת להדיא אבל לא במילתא אחריתא, וכן בגזילות לחוד, אבל בזמן הגמרא דלא שכיח כלל ובפרט השתא דליכא מומחין כלל אזי איתא לתקנתא בכל מילי ואפי' בגזילות לחוד מפני שלא יוסיפו בני עולה, וגם בתוס' ד"ה שלא סברי כן לתירוץ קמא בריש הדיבור וכמ"ש המהרש"א שם בתירוץ הי"מ, וכן תל"י כוונתי לדעתו וכאשר כתב בתומים. ויש לחקור דא"כ גבי יתמי נמי ניבעי מומחין בזמן המשנה שהרי גבי יתמי ליכא נעילת דלת כל כך כדאיתא להדיא בפ' הניזקין [דף נ' ע"ב] לענין זיבורית דעיקרו משום נעילת דלת, ולגבי יתמי אוקמינן אדאורייתא דלא מסיק אדעתיה דמית לוה ונפל נכסי קמי יתמי, ובשלמא לענין דרישה וחקירה גם גבי יתמי לא בעינן דרישה וחקירה משום דאיפשר שיפסיד לגמרי וכמ"ש תוס' הנ"ל, וכל כמה דאיפשר ביפסיד לגמרי אזי גם גבי יתמי חששו לנעילת דלת [שהרי איתא להדיא בקידושין (דף י"ג:) בתוס' שם ד"ה אמר ר"פ בשם ר"ח דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא גובה מיתמי משום נעילת דלת] אבל לענין מומחין בזמן המשנה דאיכא מומחין, ולא יפסיד לגמרי, ניבעי מומחין, וקשיא למסקנא דתרתי קתני ניפלוג וניתני בהלוואות גופיה בין היכא דלוה קיים לבין יתמי. לכן נראה דגם גבי יתמי לא בעינן מומחין אפי' בזמן המשנה, דמ"מ אתי לידי פסידא בכולאות למקום מומחין, [עיין בש"ע ח"מ סימן י"ד סעיף ה'] משא"כ גבי זיבורית דלית ליה פסידא כלל, ובשלמא גבי מילתא דנ"ש נעילת דלת כלל, רק משום נעילת דלת בפני עושי עולה הוא דאמרינן דכיון דאידך יכול לבקש למקום מומחין יהיו בני עולה ולא יוסיפו לענותם, אבל גבי יתמי כל כה דאיכא פסידא היכא משום נעילת דלת:

ד בתומים [סימן א' סוף ס"ק א'] כתב וז"ל, ודברי המרדכי בסוף פרק המניח ל"ע, דמשמע מדבריו בהא דחייב רב יוסף בהאי גברא דתקע לחבירו הואיל ושומתו ידוע כו', דהא מבואר מילתא דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו, וכן הא דאמר לרכובה שלש כו' ושלח ליה קנסא קא מגבית בבבל, הא שומתו ידוע ול"ע, עכ"ל. ונראה לפענ"ד דדברי המרדכי נכונים, שהרי מבואר בתוס' סנהדרין [דף ב':] ד"ה ליבעי נמי, דתרי קראי כתיבי, חדא לאתויי בדבר שצריך עיון ולימוד דבעינן מומחין דוקא, וזה נלמד מתלתא אלהים דכתיבי בפרשה, רק דאנן שליחותייהו עבדינן, ובזה גדרו חכמינו ז"ל דדוקא במילין דשכיחי ויש בו חסרון כיס, וגם מלפניהם ילפינן דאפי' בדבר המפורש רק לענין עישוי וכפייה בעינן נמי מומחין, ובזה ג"כ במידי דשכיח עבדינן שליחותייהו, ומש"ה חידש המרדכי דבדבר המפורש, ולייתו ג"כ שלא ע"י רידוי וכפייה תו לא בעינן מומחין אפי' מדאורייתא [וע"ש]. ותו לא קשה הא דבמילתא דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו, זהו במילתא דמצרכינן לכלל שליחות כגון בחד מהנך תרי אנפין הנ"ל, גם מה שהקשה מהאי דשלח ליה, חסדא קנסא קא מגבית בבבל, לא קשיא כיון דבעי מיניה לפגדא דמרא וכו' מאי, הרי בזה כיון דצריך לימוד בעינן מומחין מדאורייתא, וכיון דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו [וכמ"ש תוס' שם בד"ה קנסא], ואין להקשות דא"כ גבי גרים נמי מדאורייתא לא בעינן מומחים דלית ביה מידי דעיונא ושמץ רידוי וכפייה, וכל רבותינו הקשו ע"ז בזמן הזה היכי עבדינן שליחותייהו, עיין תוס' גיטין [דף פ"ח:] בד"ה במילתא, ובדברי רמב"ן יבמות וחידושי רשב"א [דף מ"ו:] דשאני גבי גרים שהוא מגזירת הכתוב מהיקשא דמשפט, וכהם דגבי משפט בעינן שלשה מומחין ה"נ בקבלת גרים, ומש"ה תירצו רמב"ן ורשב"א דמשפט דכתיב ביה לא קאי רק לשלשה ולא למומחין, וטעמא דידהו יש לפרש כן דכיון שאין הענין מתחייב לעיונא ולימוד ואין בהם רידוי וכפייה גם מדאורייתא לא בעינן מומחין:

ומתחלה עד שלא עיינתי בדברי רמב"ן ורשב"א ראיתי בדברי נה"מ [ס"ק א'] שהביא בשמם שהוא מטעם דאפקעינהו רבנן לקידושין, ומש"ה בגר שקידש אשה ואח"כ קיבלה קידושין מאחר לא מהני קידושי השני, אע"ג דכל ענין שליחותייהו עבדינן הוא רק מדרבנן והיה לפלא בעיני דאכתי היאך נותנין לו בת חורין, אם היה עבד כנעני מעיקרא דאית ביה לאו דלא יהיה קדש, ואין כח ביד חכמינו ז"ל לעקור דבר תורה בקום ועשה, גם תלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה ישעיה נ"י הקשה דא"כ איך שחיטתו כשירה כיון דמדאורייתא לאו בר זביחה הוא, ואין כח ביד חז"ל לעקור דבר מן התורה בקו"ע, ועיינתי ברמב"ן ורשב"א שם, ותמלית דבריהם כן הוא דמעיקרא מביאים דאיכא דרצה לתרץ על האי דרב יוסף בעישוי הגט אע"ג דמדאורייתא הגט בטל דשליחותייהו הוא רק מדרבנן והרי היא אשת איש מדאורייתא שהוא מלד אפקעינהו. וע"ז הקשו דאכתי בגר היאך מותר בבת חורין ולשאר עניני הדת, לכן תירצו תרווייהו דהיקשא דמשפט לא ניתן רק לשלשה ולא למומחין, רק רמב"ן מסיים בסוף דבריו וז"ל ואיפשר דמן התורה אפי' הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין, עכ"ל. ובמחילת כ"ת לא העתיק דבריהם על נכון, [ועמ"ש לקמן אות ו' ז' בהא דמסופק הרמב"ן ז"ל]:

ע"ש בנה"מ [בס"ק א'] השיג על בעל הקצה"ח שכתב דמה שהביא הטור הפי' בהודאות דהיינו עדי הודאה, ולא כתב הפי' לענין כופר הכל, הטעם דלענין שבועת היסת כיון דלא נחתינן לנכסי רק שמנדין אותו וכיון דמבואר [בסעיף ה'] דגם בדיני קנסות מנדין אותו אין נפקא מינה בזה, והשיג ע"ז משני טעמים, וז"ל ואין לזה טעם דודאי הם לא היו דנין דין ש"כ לא היה שייך דין נידוי המבואר [בסעיף ה'] דשם הנידוי כדי לפייס, וכאן הנידוי לקיים הדין שדנו כו', תדע דהא אין מנדין למי שכופר בקנס, ועוד דבשבועת היסת אין מתירין הנידוי עד שישבע או עד שיסלק הכל, משא"כ בקנסות כמ"ש הסמ"ע [ס"ק י"ז] עכ"ל. ונראה עפ"י מ"ש דברי הקצה"ח נכונים, כיון דשבועת היסת הוא דין מפורש ואין צריך עיונא, וגם לא נחתינן לנכסיה

לנכסיה רק דמנדינן ליה עד תלתין יומין, והשבא להתיר נדויו בתוך שלשים מתירין לו אע"פ שלא נשבע ודלא כמ"ש המחבר הנ"ל, דהוא בנידוי עד שיקבל עליו לישבע דא"כ הדרא קו' הגמרא [שבועות מ"א] לדוכתיה דנקטי' ליה בכובסא עד דלישבקי' לגלימי' עי"ש, רק הנידוי הוא משום קנסא דקנסינן ליה לפי שמסרב נגד תקנת חז"ל, וכ"מ מלישנא דרמב"ם וש"ע שם, ומרש"י שבועות ד"ה עד עי"ש, ושפיר כתב בעל קצה"ח דבתר תקנת שתי ישיבות דאפי' בקנסא מנדין ליה עד שיפייס בעל דינו אפי' בקנסא דלא שכיח ולית ביה חסרון כיס, נלמד מכח כ"ש דמנדין ליה גבי ש"ס כדי שאולי יירא ויפחד ויקבל עליו לישבע, כיון דלבתר תקנת הישיבות אין בזה משום נידוי וכפייה, והא דמבואר בש"ע [בסי' פ"ז סעיף י'] דנגדינן ליה זהו כשנתן כתף סוררת ולא בא בתוך שלשים להתיר נדויו, אבל כשביקש בתוך שלשים להתירו אזי מתירין לו לאחר שלשים מיד בלא ניגודא ובלא שבועה. [איברא זהו דוקא בכופר הכל הוא דלא בעינן מומחין גם זולת שליחות, אבל במודה במקצת דתורה לא חייבתו רק במקום דנוכל למיחת לנכסיו על מה שהודה לו בפניהם, אזי ע"י הודאה אלימתא כזה הוא דמחייבו לישבע על המותר (וע' בקצה"ח סי' ג'), והשתא כיון דליכא מומחין לענין עישוי ורידוי תו אין מקום לשבועה זו מדאורייתא רק משום דשליחותייהו עבדינן, משא"כ בכופר הכל לענין שבועת היסת דא"צ מומחין, ולא צריכינן לשליחותייהו כוון שהדין פשוט לכל, וגם הנידוי הוא ביכלתם לבתר תקנת הגאונים אפי' במידי דלא עבדינן שליחותייהו] מה שאין כן בזמן הגמרא דאז גם לשבועת היסת מצרכינן לטעמא דשליחותייהו, כיון דלא משמתינן ליה דבכל מידי דכפייה ורידוי הוא דוקא במומחין מדאורייתא, והשתא כמי עבדינן שליחותייהו, [ומהאי טעמא לא תשוב הערות הקצה"ח להקשות ע"ד רש"י ריש סנהדרין שפירש כן בלישנא בתרא]:

ומ"ש בנה"מ ותדע דהא אין מנדין למי שכופר בקנס, כוונתו לדעת הסמ"ע [בסי' זה ס"ק י"ח] דהשתא דליכא מומחין הודאתו מחייבו, ואפ"ה כי כפר לו לא מנדין ליה עד שישבע, וה"נ בשבועת היסת לולא דעבדינן שליחותייהו לא נוכל לנדות אותו עד שישבע. איברא לקושטא שאני ושאני, דגבי קנס ליכא שבועת היסת דגם אם יודה מ"מ הב"ד אין בידם לחייבו דגבי קנסא לא עבדינן שליחותייהו רק לגדותו, וכל מידי שאין בכפירתו גופו ממון רק נידוי ושמתא לא נתחייב לישבע ע"ז, משא"כ בכופר הכל במידי דגופו ממון דאע"ג דמדאורייתא אין הדיוטות יכולין לירד לנכסיו, אבל מ"מ מחוייבין לומר לו שמחויב ליתן היכא שמודה בעצמו, דכל שהדין פשוט ומפורש יכולין לדון בלא כפייה כדעת המרדכי הנ"ל:

ה עיון בקצה"ח שם [ס"ק ח'] וז"ל, אמנם יראה דאפי' לדעת הרמב"ן דמהני מיגו בקנס היינו דוקא בפני ב"ד מומחין, אבל בזה"ז דליכא מומחין הרי הוא כאילו בא במשכון לפני עדים ואומר לפניהם שחייב לו קנס דלא הוי מיגו אפי' בממון, כמ"ש בתשובת הרא"ש דלא מהני מיגו במשכון אלא לפני ב"ד דוקא אבל לפני עדים אינו מועיל המיגו, וכמ"ש בש"ע [סי' ע"ב סעיף י"ח ובסי' קל"ג], וא"כ עכשיו דליכא מומחין ואין הב"ד פוסקין דיני קנסות אלא היכא דיש לו עדים, לא מפקינן מיניה, ועביד דינא לנפשיה, אבל כל זמן שאין לו ראיה לא מהני תפיסה, וא"כ כשבא עם החפץ לפני ב"ד בזה"ז א"כ הם משוי ליה ראה כיון דעכשיו ליכא ב"ד וליכא עלן רק תורת עדים; א"כ כיון דבטל המיגו ומשוי ליה ראה הרי הוא צריך להחזיר וכו' עכ"ל. ונ"ל דעיקר קושייתו דמסתימת הסמ"ע וש"ך משמע דדינו כמו בעלמא במשכון דרוצה ליטול חובו מן המשכון מיירי דאזי צריך לישבע לכ"ע כדינא דגאונים דפסקינן כוותייהו, ואפי' בכה"ג נאמן גם השתא דליכא מומחין על קנסא דתבע ליה, דדוחק לומר דבתפס מעות מיירי דאזי א"צ לישבע, או אפי' בדתפס חפץ וכגון שאינו רוצה בגביית הקנס רק שיניח החפץ אצלו עד שישלם לו, דנאמן בלא שבועה כמבואר בש"ך [סי' ע"ב ס"ק ע"א] בשם הר"ן, וע"ז תשוב קושייתו דמנ"ל דעבדינן שליחותייהו בכה"ג גבי קנס דנהי דתקנו חכמינו ז"ל דתפיסה מהני גבי קנס, זהו היכא שמביא ראיה ברורה בעדים אזי עשאוהו חז"ל כמומחין לאחר שתפס לענין זה שיוכלו לקבל עדותן, אבל לענין שבועה דלאו מילתא ברורה היא מנ"ל דגם לענין זה עשאן כב"ד, ואדרבה עפי ניחא לגרוע כחו של התובע הקנס דדינן כחוץ לב"ד, ולא מהני תו המיגו דמחשבינן להו כעדי ראה:

ולפענ"ד נראה דנהי דבעיקר הדבר לדקו דבריו, ומשקלו בצדק ובמישור דמסתבר הדבר דגבי קנס מחשבינן הדבר כחוץ לב"ד כדי לגרוע כחו של התובע. איברא בכל זאת לדקו דברי רבותינו בעל הסמ"ע וש"ך דנאמן גם השתא במיגו, דמבואר [בסי' פ"ב סעיף ח'] דפסקינן בכל הנוטלין הצריכין שבועה, אזי בנוטלין דמדינא נאמנים בלא שבועה רק מדרבנן הוא שהחמירו עליהם לישבע, גם בדאי אפשר להם לישבע כגון בחשודים נוטלין בלא שבועה דלא דאין מפני חומרא דרבנן את עיקר דינו דנאמן בל"ש, וחכמינו ז"ל לא החמירו עליהם רק היכא דאיפשר להתברר פני הדבר ע"י שבועה. ומעתה גם במשכון אם הוא חשוד נאמן בלא שבועה דמעיקר הדין אינו צריך שבועה, רק דחז"ל הטילו עליו כשאר נשבעין ונוטלין, מפני דלאו אגופא דמשכון קא טעין, ולפ"ז נאמן ג"כ אפי' כשאמר חוץ לב"ד שמגיע לו על המשכון כך וכך במיגו, דלגבי דידיה אין חילוק בין חוץ לב"ד או בפני ב"ד כיון שנאמן בל"ש בכדי שלא יפסיד מפני שאינו יכול לישבע את המגיע לו מצד עיקר הדין בלא שבועה. ומעתה נשוב את פני הדבר בנידון דידן לגבי קנס דג"כ נאמן מצד עיקר הדין בלא שבועה ע"י מיגו, רק דמדרבנן מחויב לישבע דלא עדיפא כחו דתובע גבי קנסא ממנוכא, ומגלא השתא דליכא מומחין כלל בעולם, ע"י שבועה דרבנן לעולם יפסיד את זכותו שיש לו במשכון מצד עיקר הדין, שהרי דנין את פני הדבר כמו בטוען חוץ לב"ד דאזדא ליה למיגו לגמרי, והרי זה מספק הכלל המסור בידינו דהיכא דיפסיד ע"י שבועה זו מן המגיע לו מצד עיקר הדין דפטור בלא שבועה, ואינו דומה למשכון דגבי ממונא, דהיכא שהגיד בפני עדים שמגיע לו על המשכון כך וכך דתו אינו נאמן לעולם כיון דצריך שבועה כמבואר בש"ך [סי' ע"ב ס"ק נ"א] דשאני התם דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא היה לו לטעון אלא בפני ב"ד דאזי היה נאמן בפני ב"ד במיגו דהחזרתי א"כ, משא"כ כשטען בפני עדים דאינו מעותד להחזירו כמבואר שם, אבל גבי קנסא דלעולם הוא כחוץ לב"ד, ומגלא שרק ע"י שבועה יפסיד משלו, להכי בע"כ צריכין לדון ולומר להיפוך דבשעת המיגו שלו דהיינו בשעה שטען, דנאמן בלא שבועה, בכדי שלא יוגרע כחו מהמגיע לו מצד עיקר הדין ע"י מיגו שלו, [וא"ל דגם גבי קנס הרי בידו לישבע מעצמו דלא גרע מטוען חוץ לב"ד שכך וכך מגיע לו, ונשבע מיד לפניהם תוך כדי דיבור לטענתו, וכן עמד בזה שארי הגאון מוהר"מ נ"י אבד"ק קאליש, ונראה דנהי דמצינן דקפץ ונשבע מהני עיין ב"ק דף ק"ו ע"א (וברשב"א שם), זהו בשבועת השומרים דא"צ איום ב"ד כמבואר בסי' פ"ז סעיף כ"א כיון שהוא על טענת ספק, אבל גבי משכון שהוא ע"י הכחשה אזי צריכי איום בב"ד דוקא, וכיון דגבי קנס לית לן תורת ב"ד לענין שבועה וכמ"ש, אזי תתבטל מילתא המיגו בכללו, ומש"ה מוקמינן על דינא דנאמן בלא שבועה בשעה שטוען לפניהם]:

איברא כיון דנאמן בתחלה ע"י מיגו, תו אינו צריך למיגו כמבואר שם ברמ"א [בסי' ע"ב סעיף י"ח] נמלא השתא מיהת דתו א"ל למיגו מחייבינן ליה שישבע כמו בכל שבועת הנוטלין דכי יעלה על הדעת להעדיף כחו גבי קנסא יותר מגבי ממון גמור דמחויב לישבע כל היכא דאיפשר, הגע בעצמך גבי חשוד דנאמן כשטוען על המשכון במיגו אפי' חוץ לב"ד כמ"ש לעיל, וכשחזר בתשובה בא וטען לפני ב"ד דאע"ג דנאמן בראשונה בלא שבועה, מ"מ השתא דמצי לישבע מחייבינן ליה ואינו נוטל אלא בשבועה, וכן כשטען חוץ לב"ד ואמר מיד דאינו רוצה לגבות מן המשכון רק שיניח אצלו עד שיפרע לו דאזי כיון דא"ל שבועה נאמן גם חוץ לב"ד לדעת הש"ך [בסי' ע"ב], ואחר זמן בא לפני ב"ד, ואמר שרוצה לגבות מן המשכון דאזי אפי' כשהראהו לפני ב"ד, ואחר כדי דיבור טען ואמר דמגיע לו כך וכך ורוצה שיפרע לו דאע"ג דהשתא לית ליה מיגו מ"מ נאמן בעיקר הדבר ע"י המיגו שהיה לו בתחלה לפני עדים, אבל השתא שחזר בו וחפץ לגבות מן המשכון פשוט הדבר דצריך לישבע דהשתא הרי הוא כשאר נוטלין דמחויב לישבע, וממילא נדון דה"ה גבי קנס דנהי דבשעה שטען לפני הב"ד דאמרינן דעיקר האמנתו ע"י המיגו, צריכין לומר ולדון דפטור בלא שבועה כמו קודם תקנה בכדי שלא תופר ותיהרס המיגו לגמרי, מ"מ השתא שכבר א"ל למיגו מחויב לישבע כשאר נוטלין, וזה נכון וברור בעזהש"י:

והנתיבות המשפט כתב [בס"ק ה'] על דברי קצה"ח הנ"ל, וליתא דהא כיון שתפס הרשות בידינו לדון דהא ע"כ לא מהני תפיסתו עד שדנין אם הוא חייב הקנס ופוסקין לו השבועה כשתפס ודאי מהני, ולא דמי לראה בעדים, דהעיקר תלוי בשבועה שפוסקין לו הב"ד, משא"כ כאן שאנן פוסקין לו השבועה, הוי כשאר משכון שמהני הראהו בב"ד עכ"ל, ולמה שכתבנו מבואר למעיין בצדק שלדקו דברי בעל קצה"ח בזה, שהרי מן הסברא אין לדון ולומר דכיון שיכולין

גם

גם השתא לחייב את הנשבע שבועה גבי קנס, משמע מזה דעבדינן שליחותייהו גם בזה כיון שחשד ושבועה זו כעדים דמי, וכמו דמהני גם השתא כשמביא עדים לאחר תפיסה, דמצי לאחדם ולהוציא כזאת שהרי טובא היכא בינייהו דבעדים מבורר הדבר לגמרי משא"כ על ידי שבועה, אלא דע"כ צריך לומר דהיינו טעמא במטל שבועה זו, משום דאי אפשר להעדיף גבי קנס [דהורע כחו של הנשבע] את זכותו הקלוש יותר מזכותו דמלוה גבי ממונא דאלים זכותו טפי, ואפ"ה אינו נוטל אלא בשבועה, ושפיר קא קשי' ליה לבעל קצה"ח דאכתי לא ליחמיר ולא ליקיל, שהרי ע"י חומרא זו ישתעף ממילא גם להקל עליו בדבר שאינו מן הדין שהרי גבי קנסא לא עבדינן שליחותייהו רק כשתפש ויש לו עדים והשתא דלית ליה עדים נהדרי' לדינא דלא יחייבוהו לישבע שהרי כהדיוטות דמי ויסתלק ממילא גם הלז דמקילינן גביה שהרי כחוץ לב"ד הוא לענין קנסא דגם גבי ממון גמור אינו נאמן בהס"ג היכא דטען חוץ לב"ד:

ו ברמ"א [סוף סעיף ה'] אבל קנסות שבאים חכמים וכו', ועי' בהו"ת שהקשה שדברי רמב"ם סותרים אהדדי וז"ל דבפרק כ' מהלכות שבת פסק המוכר בהמה גסה לעכו"ם קונסין אותו עד יו"ד בדמיו [דאסרו חכמים שמא ישאיל או ישכיר ויעשה בה מלאכה בשבת ויעבור הישראל על שביתת בהמתו] ולא הזכיר שום חילוק בין דיינים מומחים לאינם מומחין ואילו בפרק ח' מהלכות עבדים כתב המוכר עבד לעכו"ם קונסין אותו עד יו"ד בדמיו כתב דווקא דיינים מומחין יש רשות לקונסו וכו' עכ"ל, ולפענ"ד נראה דשאני גבי עבד דעיקר הקנס הוא מפני שביטלו מן המצות, לכן דוקא בזמן המומחין שנתחייב במצות מדאורייתא, אבל בזמן דליכא מומחין דמדאורייתא לא נתחייב במצות, דגם גבי עבד בעינן שיקבל עליו שימול ויטבול בפני מומחין, רק דאנן שליחותייהו עבדינן וזהו רק מתקנתא דרבנן לחוד, וממילא לא נתחייב במצות רק מדרבנן, ובזה לא מצינו דקנסוהו רבנן היכא במכרו לעכו"ם מפני שכל עיקר חיובו הוא רק מדרבנן, ומנא לן לחדש דגם היכא שביטלו רק על מצות דרבנן דקנסוהו חכמינו ז"ל. אבל במוכר בהמה גסה לעכו"ם דעיקר הדבר דקנסוהו בשבילו שוה בין זמן המומחין לזמן הדיוטות, אזי גם הדיוטות יכולין לקונסו, וכדעת הרא"ש במוכר עבדו לעכו"ם, וא"ל כיון דגבי גר גמור הוי גם השתא גר מדאורייתא, וכמ"ש לעיל [באות ד'] בשם הרמב"ן ורשב"א יבמות [דף מ"ו ע"ב], ה"ה נמי גבי עבד שמל וטבל לשם עבדות, דשאני גבי גר דבע"כ צ"ל שהוא מדאורייתא שהרי נותנין לו בת חורין, ואי מדרבנן לחוד לא סגי לן, דאין כח ביד חכמינו ז"ל לעקור דבר מן התורה בקום ועשה משא"כ גבי עבד דאסור בבת חורין, וטעמא דמילתא לחלק בינייהו, דגבי גר גמור כיון דכתיב לדורותיכם נתנה התורה רשות לקבל גרים גם בזמן דליכא מומחין, וכמ"ש הרמב"ן ורשב"א ביבמות שהבאתי לעיל, וכן הוא להדיא בש"ס דכריתות [דף ט' ע"א] לענין הרצאת דמים ע"ש. אבל גבי עבד שנתחייב במצות ע"י שקיבל עליו בפני ב"ד דלא מצינו בפירוש בקרא דנוהג לדורות אפשר לומר דהשתא דליכא מומחין הוא רק מדרבנן, כמו בהודאות והלוואות:

ז ולפום דברינו הנ"ל [באות שלפני זה] אשכחן פתרא לדברי טור יור"ד [סי' ה'] דכתב דעבדים כשרים לשחוט דוקא במשוחררים וצווחו עליו רבותינו האחרונים יעו"ש, ולמ"ש ניחא דהשתא דליכא מומחין ולא כתיב ביה לדורותיכם, ונמצא דהא דמחויב במצות כאשה הוא רק מדרבנן וכיון דמדאורייתא לאו בר זביחה הוא אין כח ביד חכמינו ז"ל לעקור בקום ועשה, משא"כ לאחר שיחרור דצריך שיקבל עליו עול מצות בפני ב"ד מחדש, דהשתא נעשה גר גמור דכתיב ביה לדורותיכם הרי הוא כישראל גמור מדאורייתא:

ועיין רמב"ם [פרק י"ג מהלכות איסורי ביאה הלכה י"א] כשם שמלין ומטבילין את הגרים כך מלין ומטבילין את העבדים הנלקחים מן עכו"ם לשם עבדות וכו' ואין העבד טובל אלא בפני שלשה וביום כגר שמקבל גירות הוא שם [הלכה י"ב] כשישתחרר העבד צריך טבילה אחרת בפני שלשה וביום שבו תיגמר גירותו, ויהיה כישראל, שם [הלכה ט"ו] ואעפ"כ היו גרים מתגיירים בימי דוד ושלמה בפני הדיוטות, שם [הלכה י"ז] גר שלא בדקו אחריו או שלא הודיעוהו המצות ועונשין ומל וטבל בפני שלשה הדיוטות הרי זה גר אפי' נודע שבשביל דבר הוא מתגייר הואיל ומל וטבל כו', ואפי' חזר ועבד עכו"ם הרי הוא כישראל מומר שקדושין קדושין וכו' עכ"ל, נשמע מכללות דברי קדשו דבגר גמור אין צריך מומחין מדאורייתא שהרי אפי' בימי דוד ושלמה שעדיין לא תיקנו דעבדינן שליחותייהו ואפ"ה הוו גרים גמורים כשנתגיירו בפני הדיוטות, וצ"ל דס"ל כדעת רמב"ן ורשב"א הנ"ל ומטעם כיון דכתיב ביה לדורותיכם וכן הוא בתוס' קדושין [ס"ב:] בסוף ד"ה גר בשם ר' נתנאל להדיא, דא"ל דרמב"ם ס"ל בזה כפי הלז דמספקא ליה לרמב"ן די"ל דהא גופיה דעבדינן שליחותייהו הוא מדאורייתא, ומש"ה הוו גרים גמורים מדאורייתא וקדושיו קדושין גמורים ולא תפסי קדושי שני, שהרי מבואר שם ברמב"ם [הלכה ט"ו] שהב"ד לא רצו לקבלם, היאך אפשר שיעשו שליחותם בע"כ אלא וודאי דעיקר טעמי' הוא משום דכתיב לדורותיכם:

איברא כד דייקינן יתבאר היטב דזהו בגר גמור דוקא שהרי מקרא זה הוא בפרשת שלח [פ' ט"ו] והכי כתיב הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר חקת עולם לדורותיכם ככם כגר יהיה לפני ה' תורה אחת ומשפט א' יהיה לכם ולגר הגר אתכם, וכיון דכתיב תורה אחת ומשפט א' הרי דמיירי בגר גמור ששוה לישראל גמור בכל סוגי התורה בכל פרטותיהם ולא מיבעי' בדיני קרבן דמיירי בי' לבדו הרי דטעון סמיכה כקרבן של ישראל וכן לכל הלכותיהן [ועי' בתוס' סוכה דף כ"ח ע"ב בד"ה לרבות הגרים יעו"ש] מלבד בענין התלוי בקהל ה' הוא דאמרינן קהל גרים אינם בכלל זה, וכיון דמחויב בסמיכה ממילא מוכח דלא קאי על עבד כנעני אע"פ שמקבל גירות הוא שהרי הוקשו לאשה שאינם מחוייבים בסמיכה לכ"ע [במשנה מנחות דף צ"ג] ויש בהם שינוים רבים מישראל גמור בכל הלכותיהן לענין גונב נפש [סנהדרין פ"ה:] וקדושין וכה"ג טובא, אכן גם בעבד כנעני כתיב ביה משפט ושם לא כתיב לדורותיכם ומש"ה מדאורייתא בעינן שלשה מומחין דאין היקש למחצה והוא בפרשת אמור [פ' כ"ד] גבי חבלות ומכה אדם כתיב משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה, דזה קאי גם על שפחה וע"כ שיש בהם מקצת גירות והדברים דכתיב בפרשה אין בהם שינוי לישראל גמור:

ברם מדעת הרמב"ם משמע דס"ל דגם בעבד כנעני דלא כתיב גביה לדורותיכם מ"מ במקצת גירות דידי' סגי השתא דליכא מומחין גם מדאורייתא לכל הלכותיו מטעם דס"ל דהא דעבדינן שליחותייהו הוא מדאורייתא, ומאי דמספקא ליה לרמב"ן [מובא לעיל] פשיטא ליה לרמב"ם, ותדע שהרי כתב [בהלכה י"א] סתמא ואין העבד טובל אלא בפני שלשה ולא הזכיר כלל דמדאורייתא בעי מומחין, ובהלכות עבדים [פרק ג' הלכה ג'] מביא דרבו מוסר לו שפחה כנענית, ואם נימא דמדאורייתא בעינן מומחים, והא דעבדינן שליחותייהו הוא מדרבנן כדעת תוס' איך אפשר השתא למסור לו שפחה כנענית לדעת רמב"ם דס"ל [בפרק י"ב מהלכות איסורי ביאה הלכה א'] דאיסור חתנות הוא בכל האומות ולוקין עליו קודם שנתגיירו והשתא נהי דתורה התירה למסור לו שפחה כנענית שנתגיירה במקצת אבל היסור ולאו דחתנות לא הותרה, וכיון דהשתא ליכא מומחין הרי היא כאילו לא נתגיירה כלל והרי הוא בלאו דחתנות מדאורייתא ואין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, מזה מוכח דבע"כ צ"ל דס"ל דהא דעבדינן שליחותייהו הוא מדאורייתא, [וא"ל כיון דאין עבד עברי נוהג אלא בזמן שיובל נוהג דבזמן ההוא היו מומחין דמ"מ איכא נפקותא בעבד עברי שנמכר בחוץ לארץ דלא דאין דין מומחה אלא הנסמך בארץ ומשמע דאפ"ה רבו מוסר לו שפחה כנענית שקנה בחו"ל ונתגיירה במקצת כדין שפחה כנענית שקבלו עליהם עול המצות לפני דיינים דשם] אבל הטור ביורה דעה [בסימן ה'] ס"ל כדעת תוס' דעבדינן שליחותייהו הוא מדרבנן, [וכמ"ש בטור חו"מ סי' א'] רק בגר גמור הוא מדאורייתא כיון דכתיב ביה לדורותיכם ומש"ה לא מהני שחיטתו רק במשוחרר גמור דאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, והא דרבו מוסר לו שפחה כנענית ג"כ ניחא לדידי' דס"ל להדיא באה"ע [סי' ט"ז] דאיסור לאו דחתנות הוא רק בז' עממין ובכל האומות הוא רק מדרבנן; לכן מהני גם בזמן דליכא מומחין דאתא דרבנן בזה דעבדינן שליחותייהו ועקרא לאיסורא דרבנן:

ובזה ניחא מה שפקפק בזה ש"ב הגאון אב"ד דק"ק קאליש, ביישוב דברי טור הנ"ל מקדושין סוף פרק האומר דאפי' לכתחלה מותר לממזר לישא שפחה, ובטור אבן העזר [סי' ד'] מובא כן לדינא גם השתא דליכא מומחין ולמה שכתבנו לא קשה מידי דלדעת הרמב"ם בע"כ צ"ל הא דעבדינן שליחותייהו בכל מקום הוא מדאורייתא ולדעת תוס' והטור שהוא מדרבנן רק בגר גמור הוא מדאורייתא מדכתיב לדורותיכם מהני נמי שליחותייהו [גבי עבד ושפחה כנענית] דרבנן להפקיע איסורא דרבנן:

גם ידידי הרב הגדול החו"ב מו"ה שמואל הנהנע נ"י פקפק בזה לאחר בשם עיונו ביישוב דברי הטור הנ"ל מדברי הטור יו"ד [ריש

סי'

סי' רס"ז] בנימול לשמונה, דלר"א דווקא בשפחה שטבלה כשהיא מעוברת וילדה דאמו טמאה לידה הוא דנימול לשמונה אפי' בשבת, ולמ"ש לעיל מה בכך שטבלה כיון דהשתא ליכא מומחין ואינה טמאה לידה רק מדרבנן והיאך נימול בשבת, והשבתי לו שמבואר שם במס' שבת [דף קל"ה:] דהא דתלי' בטמאה לידה לאו ביהדות תלי' מילתא שהרי לדידי' גם ביוצא דופן אינו נימול בשבת מה"ט, רק דגזירת הכתוב הוא מפני הקישא דכתיב וביום השמיני אחר טומאת לידה, וכל כה"ג דתלי' מידי בדבר אחר מלד גזה"כ גם במידי שהוא רק מדרבנן נכלל גם כן בתליי' זו, כהא דמלינן בסוכה [דף כ"ג] בעושה סוכה על גבי בהמה דאית ליה לר' יהודה דאינו יוצא בה, שאינו ראוי לשבעה ומבואר שם בר"ן דמקצת פוסקים פסקו כר"י וה"נ כיון דסוף סוף אמו טמאה לידה מדרבנן הרי זה כדאורייתא לענין היקש זה משא"כ לגבי זביחה דסברא מחייבתו דכל שאינו בר זביחה לעצמו הרי זה כאילו נחרו ומש"ה גם עבד שאינו משוחרר כיון דהשתא דליכא מומחים הרי הוא כשחיטת נכרי לגמרי, [ועי' בהשמטות]. ועוד ראיה מדברי הכסף משנה [בפרק א' מהלכות נערה בתולה] ה"ה גבי אונסה שאם היא מן השניות הרי זה לא ישאנה, והקשה שם כיון דמדאורייתא ראוי לקיימה אמאי לא ישאנה, [וצ"ל אע"ג דרבנן יכולים לעקור בשב ואל תעשה זהו היכא דמצינו בהדיא שהכניסו את עצמם לענין דאורייתא כגון סדין והזאה ואיזמל (יבמות צ':) אבל כל כמה דלא מצינו בהדיא מנגן], ותירץ שם וז"ל כיון דכל מילי דרבנן הסמיכנו אלאו דלא תסור שפיר איכא למימר דשניה אימעיטא מולו תהיה לאשה עכ"ל וה"נ לענין טמאה לידה כיון דכוף סוף הרי אמו טמאה לידה מלאו דלא תסור כבר נתקיים היקשא דקרא:

ולרבנן דהתם לא קשי' למה נימול בשבת הא ליכא מומחין בטבילתה כיון דלדידהו לא תלי' כלל בטמאה לידה רק ברשות לחוד הוא דתליא ובעינן דומי' דלכם, ולכן כשנולד ברשות ישראל לעולם נימול לח' ואפי' בשבת הגם שעדיין לא טבלה כיון שמכרה את עצמה לישראל בסתמא הרי זה כאילו קבלה על עצמה בפירוש שתטבול לשם עבדות, [כדמוכח בהדיא שם דמקשינן אלא יליד ביתו דנימול לא' לרבנן היכי משכחת לה ומשנינן למסקנא כגון שמכרה את עצמה על מנת שלא להטבילה אלמא דדווקא כשהתנה בפירוש הוא דנימול לא'] וטעמא דמילתא כיון דאנן פסקינן כרב הויא יבמות [דף מ"ו] דלוקח עבד מן השוק יש לו קנין הגוף, אע"פ שעדיין לא טבל הרי נולד ברשות ישראל, רק משום דומי' דלכם הוא דאמרינן (דווקא) [דדי] כשמכרה את עצמה בסתמא דהרי זה כאילו קבלה על עצמה שתטבול בכדי שתשוה בכל האיפשרי לישראלית, ואע"ג שעדיין לא קיימה ולא טבלה אפ"ה נימול לח' ואפי' בשבת, ואע"פ שחזרה אח"כ ולא רצתה מ"מ בשעה שנימול הרי עומדת לכך שתשוה לישראלית וכדין נימול גם בשבת וא"כ מה בכך דליכא מומחין מ"מ הרי קבלה על עצמה שתשוה בכל האיפשרי לישראלית והרי קודם מתן תורה דליכא טבילה סגי בקנין לחוד, עיין בתוס' שם בד"ה כגון שלקח זה, ה"ה לאחר מתן תורה לא בעינן רק דיהיה איפשר שתשוה לישראלית במידי דאיפשר, [ומסוגיא דשבת מוכח דפסקינן כרב הויא ודלא כר"א יבמות (דף מ"ו) דלדידי' לא קני ליה לגופה רק בכספא וטבילה א"כ היכי משכחת לה לרבנן דנימול לח' בילדה ואח"כ טבלה כיון דבשעה שנולד הולד לא קני' רבה לגופה ולא נולדה רק למעשה ידיהם וכי יעלה על דעתך שפחה שקנה רק למעשה ידיה שיתחייב האדון למול בניו דלא מצינו זה רק היכא דקנה לגופה לגמרי, וא"ג דלוקח שפחה לעוברה נימול מיהת לא' אפי' למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי שאני התם דקנויה לגמרי בפרט אחד מסעיפי דקנין הגוף שקנוי' ביד האדון לעוברה הקנוי לאדון לגמרי לדידן דפסקינן כרב הויא, משא"כ היכא שכל קנינו רק למעשה ידיו לבד, ואין להקשות דא"כ גם לרב הויא קשי' דמאי קשי' ליה אלא יליד ביתו דנימול לא' לרבנן היכי משכחת לה שהרי מש"ל בקנה מן העכו"ם שגם לדידי' לא קנה אלא למעשה ידיו ולא נכנס לרשותו לגמרי מש"ה אינו נימול לשמונה, דזה אינו דא"כ הרי לית ביה חיובא כלל על האדון וכמ"ש, (עי' בהשמטות)]:

ועוד נראה דלענין חובה זו לבד שחייבה התורה למול יליד ביתו ומקנת כסף, מהם לא' ומהם לח', דטבילה דאמו לאו משום יהדות הוא, אלא לר' חמא ולר"א משום היקשא הוא דבעינן ליה בכדי שתהא אמו טמאה לידה, ולרבנן משום דבעינן לכם, דאזי נימול לח' אפי' בשבת וגם בדורות דליכא מומחין שהרי בענין זה נמי לדורותיכם כתיב בפרשה ימול לכם כל זכר לדורותיכם יליד בית ומקנת כסף, הרי בפשטא דקרא קאי לדורותיכם גם על יליד בית ומקנת כסף, אבל לכל סוגי התורה בכללו לא כתיב לדורותיכם רק בגר גמור ולא בעבד ושפחה כנענית כמ"ש לעיל, וטעמא דמילתא הוא דדוקא להחמיר הוא דגילה קרא דלדורותיכם שתהי' טמאה לידה אבל לא להקל עליו שיהיה כישראל גמור לכל דבר שיהיה בר זביחה וכיוצא בו רק בגר גמור הוא דגלי קרא דהשוי לכל דבר:

סימן מז

בדין מגדר מילתא

א הנמוקי יוסף סנהדרין פרק שביעי [על סוגיית הש"ס דף נ"ב:] בעובדא דאימרתא בת טליא, כתב וז"ל ואע"ג דאמרינן קץ ידא מאדם אחד שהיה רגיל להכות את חבירו, ואמרינן נמי לעיל אי קטל נפשא ליההיוה לעיני' היינו לענשי' במקצת מה שחייבה עליו תורה כגון להכות עיני ההורג שנתחייב מיתה וכיוצא בזו אבל לחייבו לגמרי לא עד כאן לשונו, ולכאורה הוא מחוסר הבנה דהיאך קאמר דדוקא לענשו במקצת מה שחייבה עליו תורה דהא הסוא דקץ ידא דמקשה מיגה לא הוי כעין של תורה ואדרבא החמירו עליו יותר משל תורה דהיכן מצינו בתורה עונש דלקוץ ידו ולא חייבתו התורה להמכה רק בתשלומין ולא יותר. איברא לקושטא דברי הנמוקי יוסף נכונים וברורים והוא דכוונתו דאין בית דין יכול לחדש עונש בדבר אשר לא מן התורה הוא כמו כשל תורה ממש, וגם אפי' כשעבר על של תורה וחייב מן התורה מיתה או מלקות אין ביד ב"ד שאינם סמוכים לעונשו כעונשה של תורה אפי' למגדר מילתא מפני שיטעו הבאים אחריהם לומר שהותרה הרצועה למיעבד שליחותייהו לפעמים אף בד"נ, ויטעו בתרתי, אלא או ב"ד של סנהדרי גדולה דאזי אין לחוש שילמדו מהם משום דשאני סנהדרי גדולה דרב גוברייהו ומש"ה יכולים לעשות אף כעין של תורה ממש כגון ההיא דא' שרכב על הסוס בשבת והקלוהו דהוי כעין של תורה דחיובי שבת הן בסקילה, אבל ב"ד אחר אינם יכולים לעשות כעין של תורה ממש אלא או להקל עליו או להחמיר עליו בסוג אחר שלא נמצא בתורה כלל דאז יבינו הכל דרק הוראת שעה הוא למגדר מילתא ואין ללמוד ממנו לדורות:

ויש להתבונן בהא דפסקינן בש"ע [סי' שפ"ח סעיף י'], והוא דין פסוק לעד, דהא השתא ליכא מומחין דסמיכי ובטלו סנהדרין ואין כח בידינו לא"מ, רק למגדר מלתא והוראת שעה בלבד, כדילפינן ביבמות [דף צ':] מאליהו בהר הכרמל דהכל לפי שעה שומעין לו, ועוד כיון דעיקרו הוא מדרבנן לדעת הפוסקים דדיני דגרמי דרבנן, רק דהם חקרו אחרי מתכונת הענין ועשאוהו כרודף כידוע, ומעתה אפי' בזמן המומחים קשי' דהיכי מצו לעקור דבר מן התורה בקום ועשה אלא להוראת שעה בלבד, ונראה דכל עיקר הדברים בזה הוא רק במילתא דצריך לגמר דין דוקא כגון בכל חייבי מיתה ומלקות שבתורה דאפילו כשנתקבל העדות בסנהדרין ודינו ידוע לכל אפ"ה כל זמן שלא נגמר הדין לאו בר חיובא הוא כלל כדאיתא להדיא בכמה דוכתי, ועי' רמב"ם [פ"א מהלכות רוצח ושמירת נפש הל' ה'] וז"ל רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו כו' עד שיבא לב"ד וידונוהו למיתה שנאמר כו' וה"ה לכל חייבי מיתות ב"ד שעברו ועשו שאין ממיתין אותן עד שיוגמר דינם בב"ד עכ"ל, לכן בכל כה"ג הוא דאיתא לכללא דאפי' למגדר מילתא אין כח ביד חכמינו ז"ל רק להוראת שעה בלבד, [רק במילתא דממונא לחוד והוא משום הפקר ב"ד, דילפינן מאסמכתא דקרא], כיון דעיקר חיובו מיתלא תלי בגמר הדין דדיינים דסמיכי, אבל כל שאינו צריך לגמר דין כלל דאזי אפי' בחיובים דדיני מו"מ הושוה דינם כהוראת איסור והיתר לבד ודנים בכל זמן וגם בדין פסוק לעד ואפי' השתא דליכא מומחין, וכ"מ להדיא ברמ"א [בריש סי' תכ"ה] לענין מומחין, דהוא הדין לענין הלכה לדורות נמי, ולהכי [בסי' שפ"ח] כיון שעשאוהו חכמינו ז"ל כרודף שוב דינו כהוראת היסור והיתר לבד ואפי' בקטן נמי דינא הכי:

ובכוונה זו נראה לפרש דברי הרמב"ם [בפרק ח' מהלכות חובל ומזיק] וז"ל עשה וכו' אמר זמם כו' יראה לי שאסור וכו' אלא א"כ הוחזק וכו' הז"י שמא וכו' ולמסור כו' בידי עובדי כוכבים להכותם ולאסרם כפי רשעם וכן כל המיצר לציבור ומצערן מותר למוסרו בידי עובדי כוכבים להכותו לאסרו ולקנסו עכ"ל, ולכאורה הוא שפת יתר דפשיטא

דפשיטא דיכול למוסרו בידי עובדי כוכבי' ממה דכתב לעיל מזה בסוחק, ולהכ"ל ניחא דבא במתק שפתיו לתרץ קושי' הנ"ל וכי היכי דלא נטעה בזה לומר לקושטא דעיקרו הוא רק להוראת שעה בלבד ואינו פסוק ותקוק לעד, לזה מסיים דאפי' למוסרו בידי עובדי כוכבים מותר, וא"ל לומר עשה מה שישראל אומרים לך, ואע"ג דכתיב לפניהם ולא כו', אלא וודאי עיקר הדבר מפני שאין הדבר תלוי בגמר דין כלל, משא"כ בשאר היובי מו"מ דאזי איפשר דצריכים דווקא לומר עשה מה שישראל אומרים לך וכדעת הטור [בסי' ב'] להדי', ועיקר הדברים יסבו בלכתן על מה שהקדים ומעשים בכ"ז וכו' דל"ת שהוא רק הוראת שעה בלבד, גם לדעת הסמ"ע שחולק בזה [בסעי' קטן ז'] יש לפרש דברי הרמב"ם הנ"ל כמובן :

ב **ולפ"ז** לא הבנתי לכאורה קושי' תוס' סנהדרין [דף ע"ג:] ד"ה חד וז"ל וא"ת ולמה לי קרא למעוטי שבת הא מליל גופי' מחלל שבת דחובל בחבירו ואיך יחלל שבת להציל חבירו מחילול שבת עכ"ל, דכיון דמצוה למוסרו בידי עובדי כוכבים א"כ משכחת לה ע"י עכו"ם ולא יהיה חילול שבת בזה, ועוד יש למצוא מקום לתרץ קושיית התוס' הנ"ל ע"פ מה דאיתא במסכת שבת [דף ל"ה:] וברש"י ותוס' שם סד"ה ספק, ובירושלמי ברכות דאדם אחד העושה מלאכה בשני ביה"ש א' של הכנסת שבת וא' של מוצאי שבת חייב מיתה דממנ"פ חילל שבת בעשייתו, וא"כ משכחת לה כגון שזה העובר כבר חילל שבת ביה"ש בכניסתו ועכשיו בא לחלל שבת ביה"ש ביציאתו, דאזי זה העובר חילל שבת וודאי וזה הבא להורגו לא הוי גבי' רק ספק חילול שבת ומש"ה יהא מותר. איברא לקושטא ליתא דהא ממנ"פ אינו רשאי להורגו לזה דאם ח"ש בכניסתו א"כ כבר עבר העבירה ואין להורגו, ואם בא לחלל שבת ביציאתו א"כ זה ההורג ג"כ יחלל שבת והדרא קושיית תוס' לדוכתא. איברא לפי המבואר בגמרא שם סוף פרק בן סורר ומובא בקצרה ברמב"ם [סוף פרק א' מהלכות רוצח הלכה ט"ו] דמצות עשה להרוג את הרודף נשמע מוקצותה את כפה ועובר בשני לאוין נדרש מן ולא תעמוד על דם ריעך ומן ולא תחוס עינך הרי מבואר דמקרא דנערה המאורסה דכתיב ואין מושיע לה הא יש מושיעין לה אפי' בנפשו של רודף לא נשמע אלא דרשות בידו להציל אפי' בנפשו ואין דנין אותו כרוצח, ועי' היטב ברמב"ם שם [מן הלכה ז' עד סוף הפרק] כשהזכיר דמחוייבין להצילו כתב מן וקצותה את כפה או מלא תחוס רק גבי נערה המאורסה כתב כפי הנשמע מפשטא דקרא זה לבד [זולת העשה והל"ת דנשמע ממקום אחר] דרשאי להצילה בנפשו של רודף ואין עונשין אותו על זה כיון דרחמנא התירה, ומזה נשמע ממילא דגם מיעוטא דקרא דכתיבא גבי נערה המאורסה על חילול שבת הוא להיפוך לגמרי דאז הוא כשאר רוצח דעלמא, הרי דגופא דקרא הן בהיתרא הן באיסורא מיירי בישראל עצמו, והשתא ניחא קושי' תוס' הנ"ל דעל חילול שבת לא צריך מיעוטא שגם המציל יחלל שבת כמוהו, דעד כאן לא שמעינן למוסרו ביד אחרים אלא בתר דגלי קרא שיש בזה דבר חיוב בעשה ול"ת כנ"ל, ומשה"ע הוא דלית בהו משום לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים. איברא כל זמן דלא ידעינן דאית בהו חיובא רק רשות לבד איפשר לומר דגם גבי רודף יש בהו איסור למוסרו ביד אחרים כו', אכן לקושטא עודנו דחוק חדא דמנ"ל דמיעוטא דכתיבא גבי נערה המאורסה קאי רק במה דאיירי בנערה המאורסה דילמא קאי לבתר דידעינן מן וקצותה את כפה. ול"ת דיש בהו חיובא משום עשה ול"ת וממילא זולת המיעוטא דכתיב בהו הרי רשאי למוסרו ביד אחרים ולית בהו חששא דלפניהם, ועוד הכי משום עכו"ם לחוד הוא דקשי' לן שהרי זולת המיעוטא היה רשאי להשיא בו נחשים ועקרבים דלית בהו משום חיוב דחילול שבת, [כמ"ש המ"א סי' שמ"ז ס"ק ד' בשם הרמב"ם גבי צידה] :

ג **איברא** לקושטא דמילתא נלפע"ד לתרץ דברי התוס' הנ"ל על נכון, דהנה בברורא דרודף שניתן להצילו בנפשו יש לספק לכאורה אם הוא דוקא היכא דיתחייב מיתה ע"י מעשיו כגון שרוצה להורגו בידים ממש אבל לא היכא שרוצה להורגו ע"י גרמא דילי' כגון ההיא דבידקא דמיא' [חולין ס"ז] או אפי' היכא שרצונו להורגו ע"י גרמא כמי ניתן להצילו בנפשו [ועי' סנהדרין דף ע"ג בתוס' ד"ה להצילו בנפשו שהניחו הדבר בקושי', ולפי מה שיתבאר לקמן יש להמתיק הדברים דלעולם ניתן להצילו קאי על הפגם וגבי נערה המאורסה דאיכא פגמא דידה ניתן להצילה בנפשו וגבי בהמה דליכא פגמא דחבירו רק פגם שמים לחוד לא עדיף מפגם שמים דעכו"ם], ויש להוכיח בראיות ברורות דחיובא דרודף שניתן להצילו בנפשו הוא רק משום פגמא דאידך ולא משום חומר העבירה הוא, שהרי אפי' בחייבי כריתות לחוד ניתן להצילו בנפשו, ואלו בעובד ע"ג לדידן וברודף אחר בהמה שהוא חייב סקילה, ואפ"ה לכ"ע לא ניתן להצילו בנפשו, אלמא דעיקר מילתא הוא רק משום פגמא דאידך וכן אפי' בקטן דבכל התורה אין אנו מצווים להפרישו ואפ"ה כשהוא רודף מצווים להורגו [ש"ס שם דף ע"ב: וכ"פ הרמב"ם], ולא עוד אלא אפילו כשרודף להרוג את חבירו ע"י גרמא בעלמא ג"כ מחוייבים כדי להציל את חבירו, שהרי מבואר [בפרק ז' דמס' אהלות] גבי אשה המקשה לילד דחותכין העובר אבר אבר ומבואר ברמב"ם [בפרק א' מהלכות רוצח הלכה ט'] טעמא משום דנידון כרודף, [וכ"פ בש"ע סי' תכ"ה סעיף ב'] ועמ"ש בתפארת ירושלים מס' אהלות, אלמא דכל עיקרו רק משום פגם רק דלרבנן הוא דוקא בפגם של חבירו, ולר' שמעון דס"ל דאפי' בע"ג משום דגם בפגם דגבוה הוא כן, ולהכי לולא דנתמעטו חילול שבת ובהמה, קס"ד שגם בזה הוי פגם גבוה :

ולפ"ז נקומה ונעלה עוד במסילה זאת נביעה ונראה בברורא דמילתא דלגבי פגם גבוה דחילול שבת הדבר מוכרח דלאו משום עבירה חמורה הוא שנעשה ע"י בפועל, אלא אפי' כשנעשה ע"י גרמא וכח שני, [עי' חולין דף ס"ז. אמר רב פפא האי מאן דכפתי' לחברא ואשקיל עלי' בידקא דמיא ומית חייב מ"ט גירא דילי' הוא דאהני ביה וה"מ בכח ראשון אבל בכח שני גרמא בעלמא הוא], ולא עוד אלא לענין פגמא מוכח דאפי' כשנעשה מעצמו כמי פגם גבוה מיקרי כשנעשה מלאכה מן ל"ט מלאכות בשבת, עי' תוס' תמורה [דף ד':] בד"ה רבא דגבי זורע און בכור ומטיל מום בקדשים לא שייך בהו לא תאכל כל תועבה שהרי כשנעשה מעצמו מותר, הרי דלא מיקרי תועבה גבי דברים שהם מן הפועל לחוד רק היכא דחזינן דאפי' כשנעשה ממילא כמי מתועב ועומד הוא דמיקרי תועבה, ועי' חולין [דף קט"ו] דמקשה הש"ס דמעשה שבת ליתסרי מולא תאכל כל תועבה ומתרץ דגזירת הכתוב הוא, מוכח מזה דאפי' כשנפל מעצמו חתיכה לתוך תבשיל ונתבשל בשבת ג"כ אסורה [מן התורה לס"ד דש"ס שם] ומיקרי תועבה משום פגמא שנתחלל שבת ע"י זה [ועמ"ש בתפארת ירושלים סוף חולין], ולפ"ז קמה ונצבה קושיית תוס' הנ"ל כחומה נשגבה כיון דכל עיקרו דחילול שבת הוא דניתן להצילו בנפשו משום פגם גבוה הוא והרי גם השתא איכא כמי פגמא דחילול שבת עצמו כשיהרגנו אפי' ע"י גרמא בעלמא שהרי גם אפי' במידי דממילא מקרי פגמא ותועבה כלפי גבוה [ועי' בהשמטות], וא"ל דא"כ גם גבי רודף דרוצח וערוה כמי נימא הכי כיון דעיקרו הוא משום פגמא דאידך השתא כמי איכא פגמא דהאי זה. דזה אינו כיון דרחמנא התיר' לשפוך דמו תו ליכא פגמא כלל רק גבי חילול שבת הוא דקשי' לן שהרי אפי' במחוייב מיתה אם יהרגנו גואל הדם בשבת הרי הוא מחוייב מיתה מפני חילול שבת, [ועי' בחינוך פרשת ויקהל דאפי' ב"ד שהרגו בשבת חייבים מיתה] :

ובזה יומתק לן תירוצם דקס"ד דגזירת הכתוב הוא, ואינו מובן לכאורה דמהיכא תיתי נימא גזירת הכתוב הוא בדבר שאינו מפורש והוא נגד הסברא, אלא דה"פ דקס"ד דנידון כרודף דמותר להורגו משום דרצה לפגום בכבוד גבוה והשתא כיון דמותר לעשות מלאכה כזאת תו ליכא פגמא כלל והוו כמילה ופיקוח נפש דהותרה בשבת:

הקשו תלמידיי המופלגים נרם יאיר, דנהי דדברי הנ"ל דאפילו במלאכה שנעשה ממילא ג"כ הוי פגם וזהו סברא מוכרחת. איברא זהו מקמי דגלי קרא דכתיב היא קדש ואין מעשים קדש, אכן השתא דכתיב נימא דגילה רחמנא דלא מיקרי פגם ותועבה, ואמרתי להם דכיון שכבר הוכחנו דכל ענינו ועיקרו של הרודף דניתן להצילו בנפשו לאו משום שמבקש לעבור עבירה חמורה כזאת הוא שהחמירה התורה עליו רק עיקרו הוא משום פגמא, וכיון דצריכא קרא למעוטי גבי חילול שבת, ש"מ דקס"ד דפגם מיהת הוא אף לבתר דכתיב היא קדש ולגבי פגם ותועבה ליכא לאפלוגי בין נעשה בידים או לא כדמוכח ממטיל מום בקדשים, הרי דבע"כ צ"ל דקרא דהיא קודש לגופה לחוד הוא דאתי אבל מידי פגמא דחילול שבת לא יצא, דאלת"ה למה לן מיעוטא דקרא דגבי חילול שבת לא ניתן להצילו בנפשו תיפוק ליה דליכא פגמא ולא עדיף מנערה המאורסה דגבי' כתיב להדיא דניתן להצילו בנפשו, וה"מ באנוסה דאיכא פגמא דידה אבל במפותה לא, וגבי חילול שבת כמי דהשתא דכתיב היא קדש ש"מ דליכא פגם אלא ודאי בע"כ צ"ל כדאמרן דהיא קודש לגופה לחוד הוא דאתי :

וכזה

ובזה יתיישב ממילא הרבה דברים שמקשים העולם על דברי התוס' ודוחקים עצמם למצוא מקום ליישב המקרא בכפ"מ רבות כגון שיוכלו להרוג העובר בשנים דאזי לא יתחייבו הן משום חילול שבת דשנים שעשאוהו פטורים, ועוד כפ"מ כיוצא בהם:

בעה"י פה ירושלים עה"ק תובב"א

בדיני שקול הדעת

[והחידושים על סוגיא זו יתחלקו לשבעה סימנים]

ועיין היטב בכל הסוגיא הנ"ל

בסנהדרין (דף ג' ה' ו' ל"ג) ובפוסקים ראשונים ואחרונים, ובש"ע סי' כ"ה

סימן מח

פתיחה בסוגיא זו

נתיב א'

א **ישׁ** להתעורר בתירוצא דגמרא [דף ג'] כל שכן שאתה נועל דלת, כיון דעיקרו הוא לטובת המלוה, אכתי קשי' בזיכה את החייב אמאי מה שעשה עשוי, יאמר המלוה כיון דלטובתי נתקנה, שיהיה שם ב"ד על תלתא דאית בהו חד דגמיר וכן ביחיד מומחה הוא גם כן משום נעילת דלת [לר' אבהו דס"ל ב' שדנו אין דיניהם דין] יאמר המלוה אי איפשי בתקנת חכמים, כמו באומר הא לי זיבורית עפי פורתא [בש"ע סי' ק"ב], ואפי' לדעת החולקים שם, הוא משום דסבירא להו דלהוציא אינו יכול לומר אי איפשי [כמ"ש המרדכי כתובות פ' בתרא סי' רע"ז], אבל בגוונא דהכא דאכתי לא בעי להוציא מידי, דמה לנו במה שיבוא ויתגלגל אחר כך, וי"ל דמסתמא המלוה בא מתחלה לפני ב"ד ולגבי עצמו כגון לגריעותא דידי' ובזיכה את החייב לא צריכין לטעמא דנעילת דלת, אלא משום דקבלוהו לדייקא הן בתלתא וחד דגמיר או ביחיד מומחה, רק בחייב את הזכאי הוא דמצרכינן לטעמא דנע"ד שהנתבע לא קבלהו, ואין להקשות דאכתי אמאי משלמין בזיכה את החייב, הן בתלתא וחד גמיר או ביחיד מומחה כיון דקבלהו המלוה, והרי לדעת הרא"ש פטורים מלשלם כל בי תלתא וחד דגמיר וביחיד מומחה לכולי עלמא, וי"ל דמזה מוכח דעיקר טעמא דפטורין בקבלוהו הוא כסברת הרא"ש משום מילתא יתירתא, ולגבי מלוה ליכא מילתא יתירתא דצריכה לגופא, דאי לאו הכי כל היכא דזיכו את הלוה יאמר אי איפשי אפי' היכא דלא נודע עדיין שטעו, אלא דלכאורה קשיא להיפוך דאם כן גם היכא שבאו שניהם מעצמן דדינו כקבלוהו, כמבואר ברי"ף ושאר פוסקים, ולזה הסכים הש"ך [בס"ק י"ב], דאזי פטורין מלשלם בכל גווני, דאכתי בזיכה את החייב אמאי פטורין, כיון דלגבי דידי' לא הוי מילתא יתירתא, וצ"ל כמש"כ לעיל [סי' מ"ה אות ב'] דכיון דלגבי הנתבע פטורין מלשלם מדינא, דלגבי דידי' הוי מילתא יתירתא, והשתא אם נימא דלגבי מלוה לא מהני מידי ויתחייבו לשלם כשזיכו את החייב, אם כן נוגעים הם בדיניהם, דלעולם יתחרו למצוא דרך לחייב את הלוה שגם אם יטעו בשיקול הדעת יפטרו, ולא לזכותו שאז יתחייבו לשלם, ולא עוד שהרי הלוה לעולם יכול להעריס ולבא מיד לפני ב"ד עם המלוה כי היכי דליפסלו לדון מפני נגיעה, ואכתי לא הועילו חז"ל בתקנתם כלום שתקנו דאין צריך מומחים מפני נעילת דלת:

ב **איברא** כל זה ניחא לדעת הפוסקים דגם סתם קבלה דינו כקבלה בפירוש לכל דבר וכדכתבנו בשם הש"ך, אבל לדעת הפוסקים דבעינן קבלה בפירוש א"כ הדרא קושיא ראשונה לדוכתיה, דלעולם היכא דזיכו את החייב יאמר המלוה אי איפשי, כי היכי דליבטיל דינייהו. וי"ל דלדעת הפוסקים כן איפשר לומר דסברי דלר' אבהו מוקמינן למתניתין דבכורות כרב חסדא, דדוקא בנשא ונתן ביד, ותו לא היה יכול לומר אי איפשי, דסברי כדעת הפוסקים דלהוציא אינו יכול לומר אי איפשי, ואינו יכול לומר הב לי זיבורית עפי פורתא, רק היכא שגילה הלוה דעתו דניחא ליה ביוקרא דלקמיה [כמבואר שם]. ולדעת הפוסקים כרב ששת דמתניתין דבכורות מיירי אפי' בלא נשא ונתן ביד, צריך לומר או דסבירא להו כרב אחא בריה דרב איקא דמדאורייתא חד נמי כשר, ותו לא צריך לטעמא דנעילת דלת, או להפוסקים כרב ששת וכר' אבהו צריך לומר דסתם קבלה נמי מהני, וכדכתבנו:

ולפי"ז ניחא ליישב דברי רש"י [דף ו'] בד"ה דן את הדין כו' ולקמן בפירקין מוקי לה כשנשא ונתן ביד, והוא תמוה דלכולהו אוקימתא קשיא שפיר אלא דקשיא ליה לרש"י כיון דר' אבא לא סבירא ליה דפטורא דקיבלו הוא משום מילתא יתירתא, שהרי לבתר דמשני ליה דמיירי בקבלוהו, חזר והקשה אי הכי אמאי משלם מביתו. וגם נראה מדברי רש"י דבעינן קבלה בפירוש, אבל ביאתן מעצמן לב"ד לא מהני כמבואר [בדבריו לעיל], וא"כ למה ליה לר' אבא לאהדורי בתר קושיא ממתניתין דבכורות, שהקושיא איננה מוכרחת כל כך דמיירי ביחיד כמש"כ תוס' בכורות [דף כ"ח:] בד"ה דן את הדין, טפי הוה ליה לאקשויי לעיל [דף ג'] דמהדרינן בתר טעמיה אלא מעתה טעו לא ישלמו, דפשיטא ליה לש"ס דשלשה וחד דגמיר מחוייבים לשלם, מדלא פטרינן אלא מומחה וכמו שפי' רש"י שם, א"כ לסברת ר' אבא קשיא ממה נפשך אי מיירי בדקבלוהו בפירוש אמאי משלמי, ואי בדלא קבלוהו יאמר המלוה אי איפשי, ואמאי בזיכו את החייב מה שעשה עשוי, משום הכי כתב רש"י דסבירא ליה כר"ח וקושי' הגמרא לעיל קאי גם כן על נשא ונתן ביד וכדעת הרי"ף וכמ"ש לקמן ולא סבירא ליה כדעת תוס' ד"ה אלא מעתה, ותו לא קשה שיאמר אי איפשי, דהשתא הוא להוציא ממש. [ועיין לקמן בסי' שאחר זה (אות ח') מש"כ ליישב דברי רש"י בפשטא]:

ג **נמצא** יוצא מדברינו הנ"ל דין מחודש היכא דחד מבעלי הדינים קיבל עליו מתחלה את הדיין, והשני שתק ולא קיבל עליו את הדיין דצריך הדיין להסתלק מדין זה, מפני שפסול לדין זה מצד נגיעה. או שיחזור הבעל דין מקבלתו טרם שירד לחות לדינם, או שיקבלהו גם השני:

נתיב ב'

א **בעיקר** הדבר דבשיקול הדעת מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ולא אמרינן כי היכי דלא נוכל להוציא מבעל דין שיחזיר ממי שנטל מהדיין, וכבר עמד בזה בס' תמים דעים, ותירץ דשאני בע"ד שיכול לומר קים לי כאשר פסק הדיין בתחלה, אבל הדיין שהודה בעצמו שטעה צריך לשלם למי שהפסידו, כן מביאים כל האחרונים בשמו, ות"ל גם אנכי עמדתי בזה בתחלת השקפה בסוגיא זו, ואמרתי דהטעם מה שעשה עשוי מפני שכבר נפסק הדין על פי ב"ד, וגם כבר נעשה מפיהם למוחזק בממון, אע"ג דהיכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך מוציאין מן המוחזק, הכא כיון דאיכא תרתי לטיבותא, תו אין ביכלתינו להוציא מידם, אבל לגבי הדיין שלא נפסק הדין נגדו, שפיר מוציאין מידו, וכן מבואר להדיא בדברי רבינו הגדול רש"י ז"ל [דף ו'.] בד"ה וסוגיא דעלמא, וז"ל האי בעל דין דנקט לא בעי שלומי, דאמר ליה פסקת לי לדינאי, ומינה איהו בעי שלומי כיון דסוגיין דעלמא כאידך, עכ"ל:

ובאשר נתורה לדעת דברי שאר רבותינו הראשונים בזה, נראה מדבריהם הקדושים דתפסו כדברי רש"י, עיין בדברי הרא"ש פרק זה בורר [סי' כ"ו] והרי"ף בפרק [אחד דיני ממונות] בסוגיין שפירש בהאי דר' חייא ור' ישמעאל בר' יוסי גבי שלא להשביע את בניו דעובדא דהתם לא דמי לשיקול הדעת דהכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, דאי לא תימא הכי אמאי לא חייבוהו לשלם, אלא דבסברא פליגי, והרי התם עודנו לא הודה ר' ישמעאל בר' יוסי, אלא וודאי דבשיקול הדעת אין צריך להודאתו, וכדברי רש"י הנ"ל, וכן מוכח להדיא בדברי רשב"א חולין [דף מ"ג:] גבי רבא בריה דרב יוסף, וזה לשונו שם בד"ה זילו, לפי מה שכתב רב אלפסי ז"ל בסנהדרין בענין טועה בדבר משנה ובשיקול הדעת צריך לומר דרבא טועה בשיקול הדעת היה, שהיה סבור דלא סתרין אהדדי כו', ומשום הכי חשיב ליה ר' אבא טועה בשה"ד כו' ולפיכך מחייבו לשלם אבל אם היה טעות

בדבר

בדבר משנה אפי' נשא ונתן ביד לא היה משלם, עכ"ל. והרי להם שלא ר' אבא לרבא דלישלם דמי תורא ועודנו לא הודה, ולדעת הראב"ד בתמים דעים הרי כל עיקר חיובו של הדיין הוא על ידי הודאתו, ואין לדחוק דמובעא בו שיודה, דמכל מקום היך יכול לחייבו עד שלא שמע הודאתו בפירוש, וכן לריך לומר לדעת בעה"מ שחידש סברא זו של הראב"ד דבד"מ אפי' נשא ונתן ביד פטור, משום דאיהו אפסיד אנפשיה כמבואר שם:

ב **ולכאורה** יש לעיין בסברת רש"י הנ"ל, שהרי מלינו בגמרא דעדים זוממין חידוש הוא, ועמדו בזה רבותינו האחרונים כיון דהמזימין מעידים עליהם שהעידו שקר, היאך נאמין שהם אמת העידו, דמאי שנא באם העידו עליהם שחללו שבת או שהעידו שקר, דאין בהכחשת הבעל דין כלום לגבי סהדי, ותירץ בקונטרס הגאון ר' חיים יונה זצ"ל [בחידושיו על הרמב"ם פרק י"ח מהלכות עדות] דנהי דהשתא הוו כמעידין לגבי עלמן, אבל מתחלה כשהעידו בבית דין לא היו נוגעים שהרי מעידין על אחרים, ונמלא ממילא שהיה אז בעדותן ככחשה לגבי המזימין, וגבי נוגע לא איכפת לן במאי שנעשה נוגע אח"כ. ורהיה מניסת לאחד מעידיה [כתובות כ"ב:], והדברים נכונים ומסתברים, וא"כ הכא נמי נימא כיון דבשעה שילא הפסק דין מפיו, היה לגבי אחרים; אלא דאחר כך נתגלגל שהוא ג"כ לעלמו, מה בכך כיון דבשעתו לא היו נוגעים. אכן לקושטא לא קשה מידי דשאני ושאני בין הדברים שהככרח לאחוז האמת לאמתו של דבר, כגון גבי עדים דעלינו הדבר חובה לידע מפי העדים את הדבר לאמתו, ודרך האמת אין לו רק דרך אחד ואין שני לו, וכיון דבשעה שהעידו על האחרים העידו, ומחליטין את הדבר כן לאמתו, לכן אף שנסתיים מילתא דסהדותייהו הוא לגבי עלמן, לא איכפת לן בזה כיון שכבר החליטו הדברים לאמיתן, מה שאין כן בשיקול הדעת כיון דלאמתו אין הדברים כפי פסק דין שלהם שהרי סוגיא דעלמא אזלא כאידך, רק כיון שכבר ילא מפיהם לא מהדרינן, לכן זהו דוקא לגבי בעל דין שאז הסב הפסק דין עליו, ולא לגבי עלמו שעודנו לא ילא עיקרו בשעת הדין, ועתה אין יכולים לפסוק על עלמן:

נתיב ג'

נוגע גם לדיני התפיסה:

א **הנה** בטעה בשקה"ד דהדין פסוק דמה שעשה עשוי, ולדעת רוב הפוסקים [וכן בש"ע משמע כן] דאפי' גדול ממנו אינו יכול להחזיר הדין אפי' היכא דפטורין מלשלם, כגון ביחיד מומחה וקבלוהו או בשלשה וחד דגמיר וקבלוהו [לדעת הרא"ש דשוין הם], זולת כשגדול ממנו והוא מוסמך לדברי התומים בס"ק [   ] לדעת הרא"ש והראב"ד, [רק מבעל המאור משמע דלעולם הגדול ממנו יכול להחזיר היכא דפטורין לשלם משום פשידא דבעל דין], לכן אליבא דדינא לדעת רוב הפוסקים כיון דהשתא ליכא מוסמך בעולם, ונמלא דהדין שילא מפיהם הוא בהחלט לאמיתות. נראה לפענ"ד דאפי' תפס הלוה אח"כ לא מהני מידי, וראיה ברורה לזה מש"ע [סי' ק"ח סעיף י"א] ברמ"א, גבי מת לוה בחיי מלוה, דאם קדם המלוה ותפס דמהני, משמע להדיא דאם תפס אח"כ כשכבר פסקו הב"ד כרב ושמואל, דיורשי הלוה פטורין, תו לא מהני תפיסה דיורשי המלוה [וכ"מ שם בהוריס ס"ק מ"א], והשתא מה התם דאפי' כב"ד הקטן מן הראשונים יכולין לפסוק אח"כ כר' אלעזר ולהוליא מיורשי הלוה, אפ"ה הבעל דין עלמו אינו יכול לתפוס, מכל שכן בשיקול הדעת דאין בכח של ב"ד הקטן מהם להחזיר הדין אליבא דכולי עלמא, דפשיטא דאין בתפיסתו של הבע"ד כלום, דאע"ג דעביד איניש דינא לנפשי', זהו עד שלא ירדו לדין, אבל אחר שירדו לדין הדבר חוב על הבע"ד לבל לעשות שום דבר נגד הפסק דין ובפרט היכא שכבר נתקיים הדין על פיו, ולהכי אפי' טעו בשיקול הדעת, כיון שכבר פסקו חכמים דקם דינא, הדבר חובה על הבע"ד לשמוע רק לדבריהם, ואין בתפיסתו של הבע"ד להרוס ולנתוץ דבר שכבר נתקיים מפי ב"ד אשר בימים ההם:

ולפי"ז נראה דנהי דבספיקא דדינא דמהני תפיסה לעולם, לדעת הרמב"ם [פרק ב' מהלכות בכורות וכמה מקומות], ולדעת תוס' כתובות [דף כ'] ד"ה ואוקי, מהני תפיסה בטענת ברי, ואם תפס אידך אח"כ מהני, זהו דוקא עד שלא ירדו לדין לאחר תפיסה הראשונה אבל היכא שירדו לדין וזיכו את התופס כדעת הרמב"ם וסייעתו, או בטענת ברי לדעת התוס' לא מהני תפיסתו דאידך, דכיון שכבר ילא מפי ב"ד וזיכוהו בתפיסתו, תו לא גרע מטעו בשקה"ד, דפשוט הדבר דאין לדיין אלא מה שעיניו רואות, וכיון שבא הנדון לפניהם כשכבר תפס הלה, אזי הדבר חובה עליהם לזכות את התופס להדיא, אבל אינם רשאים לומר ולהוסיף דכל זכיותיו משום דתפס, ובאם יתפוס אידך יועיל תפיסתו, דזהו בכלל עורכי דיינים:

ובזה מתורץ דברי המהרש"ל ביש של שלמה הובא בנתיבות המשפט [סי' א' ס"ק ה'] וזה לשונו, כתב היש"ש בב"ק [פרק א' סי' מ"ג] וזה לשונו, אבל זה לא יכול לחזור ולתפוס מידו מאחר שבא ליד הניזק כבר, א"כ זכה בו בדין, מה שאין כן בשאר תפיסה דספיקא דדינא וכו', אכן מדברי הרא"ש בב"ק [פרק ב' סימן ב'] שהקשה על הרי"ף שלא הביא האיבעיא דיש שינוי ללרורות לרביע נזק, ותירץ דליכא נפקא מינה דאי לא תפס אין גובין בבבל, ואי תפס גובה הכל מלד שהוא ספיקא דדינא עיי"ש, אלמא דשוין הם ממש, דאי לא, הוה ליה להביא האיבעיא, דהא נפקא מינה לענין זה, אלא ודאי דשוין הן, עכ"ל. ולמאי שכתבתי ניחא דתו לא קשה מדברי הרי"ף כיון דהתם בעל כרחו מיירי כשתפס קודם שבאו לב"ד, שפיר כתב הרא"ש דתו ליכא נפ"מ, כיון דכבר תפס וזכוהו בב"ד, תו לא יועיל תפיסתו דאידך דלא גרע משיקול הדעת דקם דינא, אף דסוגיא דעלמא אזלא כאידך [עיין בהשמטות]:

עוד שם [בנתיבות המשפט הנ"ל] וזה לשונו, אמנם אשכחנא גוונא דגרע הך תפיסה מתפיסה דספיקא דדינא, דנראה דמיתמי לא מהני תפיסה זו, דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי אפי' בניזקין כמבואר בב"ק [דף י"ד], רק דבעל חוב גובה מתקנת הגאונים, ובניזקין לענין תפיסה ודאי לא תקנו הגאונים, מה שאין כן בתפיסה דספיקא דדינא מהני אפי' ביתומים, ומדברי הרא"ש לא מוכח, רק דעל כל פנים לא עדיף הך מתפיסה דספיקא דדינא, אבל מכל מקום יש לומר דגרע, עכ"ל. ולפענ"ד איפכא מסתברא דכיון דגם במידי דלא שכיח, או בקנס היכא דתפס עבדינן שליחותייהו כמו בהודאות והלואות דעלמא, וכמו דבעלמא גבי תקנת הגאונים עבדינן שליחותייהו מדרבנן, הוא הדין נמי במידי דלא שכיח או בקנס היכא דתפס, דלאחר תפיסה שקולין הן לכל מילי ודינין דעלמא, אבל בספיקא דדינא היכא דתפס מטלטלין מיתמי, יש לומר דדמי קלת לספק בתקנתא, דמוקמינן אדינא [כמבואר במגיד משנה פרק ד' מהלכות גזילה ואבידה הלכה ז'] דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, אלא דהכא עדיף מפני שאין הספק בתקנתא עלמו אלא מלד אחר, אבל מכל מקום גרע טפי מתפיסה דלא שכיח שהוא מלד ודאי, אלא משום שהוא כעין תרי דרבנן, והלא גם בדינין דעלמא כן לדעת רוב הפוסקים דעבדינן שליחותייהו הוא מדרבנן, מכל מקום לא קשה על דברי הרא"ש הנ"ל דאכתי איכא נפקותא במטלטלי דיתמי דלשיטתו אזיל דהשתא גבי מטלטלי דיתמי דעיקר המיכא דעת על המטלטלין הוא, עיין בתשו' הרא"ש [כלל נ"ו סי' ג'], וכן כ' הרא"ש ב"ק [פרק א' סי' י"ט], דהשתא דיני דמטלטלין כמו גמלים דערבאי בזמן התלמוד, כתובות [דף ס"ז]:

ב **בעיקר** הדין דשקה"ד דקם דינא, יש להתבונן, דהא בכל תיקו דהש"ס דפסקינן המוליא מחבירו עליו הראיה, והיכא דטעו והוליאו מן המוחזק הוי בטעו בדבר משנה כמבואר בנמוקי יוסף סנהדרין בסוגיין. ונראה לכאורה דהוא הדין היכא דפליגי תרי תנאי או תרי אמוראי ולא איתמר הלכתא כחד מינייהו דדינו כן דהמוליא מחבירו עליו הראיה כדאיתא ב"ב [דף ל"ב] גבי גאין ולחיש לרבה, דהלכתא כרבה בארעא; וכרב יוסף בזוזי, שהוא מטעם דהמוליא מחבירו עה"ר לפירוש רשב"ם שם, [ולא דמי להא דאמרינן בשבועות (דף מ"ח) גבי מת לוה בחיי מלוה דדיינא דעביד כר' אלעזר עביד, דההם בגא זה בעל כרחו צ"ל דהתם שאני שהרי דיינא דעבד כרב ושמואל ופטר את יתמי הלוה, דפסקינן הוה כשוכר, ואפ"ה אם פסקו בי דינא אח"כ כר' אלעזר והוליא מיתמי הלוה, שוב נשאר כן לאמיתות ולא מהני תו תפיסת יתמי המלוה, וכן אם פסקו בתחלה כר"א והוליאו מיתומים קם דינא, ותו לא יוכלו בי דינא אחרינא לפסוק כרב ושמואל, (וכן כ' תשו' מהרי"ט חו"מ סי' י' מובא בקונטרס הספיקות כלל ה' אות ה', וכ"מ בש"ע סי' ק"ח סעיף י"א) אפי' אם תפסו אח"כ יתמי הלוה, הרי דאלימי כחו של בי דינא דפסקו כר"א מכחו של ב"ד דפסקו כרו"ש, וטעמא דמילתא משום דהתם כבר הכריעו הש"ס בעיקרא דמילתא להלכה, דמסתברא להו שפי טעמא דר"א, [ועמ"ש בזה בתפארת ירושלים בסוף ס' שהרות בהשמטה למס' ברכות] דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם,

אלא

אלא לכתחלה עבדינן כרו"ש, משום דיתמי הלוה מוחזקים, וכבר נפק הדבר מפומייהו דרב ושמואל לפוטרן, נכון הדבר לכל בי דינא לחוש לכבודן לכתחלה, אבל על הבע"ד העיקר חובה עליהם לשמוע כפי שנתקיים הדבר מפי הב"ד שדנו לפניהם, לכן טרם שילא הדבר מפי הב"ד לפטור יתמי דלוה, מהני תפיסה דאידך ולא אח"כ, כדאיתא בש"ע (סי' ק"ח סעיף י"א) דדוקא בקדמו ותפסו. איברא בבי דינא דפסקו מתחלה כרו"ש, וקמו אח"כ בי דינא אחרינא ופסקו כר' אלעזר, דנהי דלאו שפיר עבדי דלא חששו לכבודן דרו"ש, אבל מ"מ באיכות הדין כהלכה ברורה פסקו, שכבר הכריעו חז"ל בש"ס דלא כרו"ש, והשו דלא לוסיף עלה]. איברא בפלוגתא דתנאי ואמוראי דעלמא דלא הכריעו בש"ס, הדרינן לכללא דהמוציא מחבירו עליו הראיה והיכא דטעו בי דינא והוציאו מן המוחזק, ניהוי דינהם כמו בכל תיקו דש"ס, דהיכא דהוציאו מן המוחזק דדינהם כטועה בדבר משנה, ונמצא השתא דהיכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך מגרעי גרעי, דנהי דלא הוה כהכרעה בהחלט, מ"מ לא הורע כחו מהיכא דליכא הכרעה כלל דדינו כטועה בדמ"ש, והשתא דינו כטועה בשיקול הדעת דקם דינא:

איברא נראה לשדד פני הדבר להבין הדברים לאשורם, וקלת מזה למדנו מדברי תוס' בבא בתרא [דף ס"ג:] סוף ד"ה איתמר, וזה לשונם והיכא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וסבירא ליה לדיין כחד מינייהו ועבד, מאי דעביד עביד, דהכי אמר בפרק כל הנשבעין השתא דלא איתמר לא כמר ולא כמר דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד, ואי מספקא ליה לדיין כמאן הלכתא, המוציא מחבירו עליו הראיה, עכ"ל. כוונת דבריהם דהיכא דאיכא פלוגתא דתנאי או אמוראי ולא איתמר הלכתא בפירוש ולא גילו לנו הכרעתם, אבל לקושטא יש לברר בראיות גמורות הלכתא כמאן, ואיפשר שחז"ל כבר הכריעו בזה, אלא דלא גילו בפרהסיא, כעין דאיתא בע"ז [דף נ"ה], או שלא בלעו הדבר לגמרי, והניחו לדורות שלאחריהם לגמור הדבר על תלו, אבל מה שהניחו בתיקו כבר סוגרו השערים של שמץ הכרעה בזו, לכן בכל פלוגתא דעלמא, כיון דיש באפשרות להכריע, רק דאנן לא ידעינן, לכן היכא שכבר נפסק הדין והוציאו מן המוחזק, פשיטא דקם דינא, דאולי כן יקום ויוכרע הדבר, [וכן הדיין פטור מלשלם מטעם זה], וכן היכא דטעו בשה"ד, לענין קיום הדין נקטינן מילתא דאע"ג דיש קלת הכרעה לפנינו להיפוך, מכל מקום כיון דאיכא הכרעה גמורה ויש באפשרות שהכרעה גמורה יקום כפי פסק שלהם, ומשום הכי גם כן קם דינא, [אבל בתיקו דאי איפשר להכריע ונמלא דמהדרינן מילתא לכללו דהממע"ה, ובאם טעו והוציאו מן המוחזק דמי לטעה בדמ"ש]. אבל לענין תשלומין [של הדיין] נקטינן כיון דאיכא קלת הכרעה לפנינו תו אין ספק מוליא מידי ודאי, ולא חיישינן לספיקא, דאולי הכרעה גמורה יקום ויתגלה להיפוך, לכן בתחלה מוליאין מיד המוחזק מהאי טעמא, ולא יכול לומר קים לי להיפוך, דא"כ זיכה את החייב היכי משכחת לה דלריכין לשלם, לא מיבעיא לדעת רבותינו האחרונים דאפי' היכא דלא טען קים לי אנן טענינן ליה, הלא יאמר הדיין דמשום הכי זכיתי אותו, אלא אפי' למאן דסבירא ליה דדוקא היכא דטען מכל מקום אינו מן הדין לחייב את הדיין מלד ספק, שהרי יכול לומר מאי הפסדתיך, שהרי בידו לאהדורי בתר זכותיה על ידי קים לי, וטעמא דמילתא כיון דכל עיקרו של קים לי הוא משום דעביד אינים דינא לנפשיה, וכחו של בעל דין ככחן של דיינים, זהו דוקא במילתא דגבי דיינים עלמן גם דיינהם מלד שיקול הדעת אפי' בספק השקול, אבל היכא דגבי בי דינא גופייהו הוא רק משום מה כח ב"ד יפה, דכיון שכבר פסקו כן לא מהדרינן עובדא משום כבודן, ומחפשינן להקים דיניהם משום ספיקא, דאולי יוכרע הדבר לכיפוך ממה שנראה לפנינו, דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, בכל כהאי גוונא הורע כחו של בע"ד מכחן של דיינים, דלגבי בע"ד דנין כפי הכלל המסור בידינו דאין ספק מוליא מידי ודאי:

ג השו"ך [סי' כ"ה ס"ק ב' אות ב'] מביא דברי הנמוקי יוסף הנ"ל והשיג עליו כיון דמהני תפיסה, היך איפשר לומר דדינו כדבר משנה וחוזר הדין, אלא דנמו"י לשיטתו דס"ל דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה, ולמאי שכתבתי לעיל [באות א'] דבספיקא דדינא להפוסקים דמהני תפיסה, אזי כשחזר אידך ותפס אין מוליאין מידו, דזהו עד שלא באו לב"ד, אבל משבאו לב"ד וזיכו את התופס, אזי תו לא מהני תפיסה דאידך, כיון שכבר נפסק הדין ביניהם תו אי איפשר לסרוס ולנתוץ שמץ דבר מני מעשה ב"ד, שהרי אפי' טעו בשקה"ד קם דינא, ולא מהני תפיסה דאידך לאחר שנפסק הדין, אבל בטעו בדבר משנה כיון שהדין בטל, והרי הוא כאילו לא נפסק הדין דמהני כשחזר אידך ותפס, ועיין. ולא עוד אלא שקרוב הדבר דלריך התובע להחזיר את מה שנתנו לו הב"ד ע"י טעותא, דנהי דבכל ספיקא דדינא מהני תפיסה, זהו כשתפס מעלמו מרשות שכנגדו, אבל בנדון דידן שב"ד נתנו לו ע"י שטעו בדין, והדין בטל כיון שטעו בדבר משנה, אם כן משורת הדין מחוייבים הב"ד לשלם לשכנגדו, שהרי הפסידו לו בידים, דלולא שב"ד הוליאו מידו לא היה מניח לו לתפוס, א"כ מטעם זה ישוב פני הדבר שיתחייב התובע שתפס כעת בשל חבירו להחזיר מה שנתנו לו הב"ד, בכדי שלא יפסידו הב"ד ע"י תפיסה זו, ודמי להא דפסקינן בסי' כ"ח [ברמ"א סעיף א' ובש"ך שם ס"ק ז' ח'] גבי סטראי דהיכא דמחוייב השליח לשלם, תו לא מהני טענת המלוה אפי' ע"י מיגו, כיון שע"י טענתו יפסיד השליח, ועל השליח אין לו שום דין ודברים, והכא נמי דכוותיה כיון שהדין בטל ממילא, רק דמחזיק בשל חבירו משום ספיקא דדינא כיון שכבר בא לידו ע"י הב"ד, ומשום האי טעמא ילטרכו לשלם ונמלא שיפסיד לב"ד ע"י תפיסה זו, וכל היכא שמפסיד לאחרים אין בתפיסתו כלום:

ד ובעיקר טענת הש"ך נגד דברי הנמו"י דאיך איפשר לומר דבכגון זה דינו כטעה בדמ"ש, שהרי סוף סוף כשתפס מועיל ואין לריך להחזיר, הרי בעל כרחו צ"ל שאין זה טעות דמוכח, גם בזה נראין דברי נמו"י נכונים, דכיון דאי איפשר להכריע ספיקא דתיקו, הדרינן לכללא דהמע"ה, והב"ד טעו וזיכו את המוליא להוליא מן המוחזק, מסתברא דטעותם דמי לטעו בדמ"ש, והגע בעלמך, הכי סלקא דעתא היכא דטעו בשור שהיה רודף אחר שור אחר [סוף פ' המניח], וכן בשור שנגח את הפרה [ב"ק דף מ"ו] כו' דדינם פסוק להדיא במתניתין [ובדברי רב יהודה אמר שמואל שם] דהממע"ה, וטעו ב"ד והוליאו מיד המוחזק ונתנו לחבירו, דיגרעו מתניתין הללו מכל שיתא סידרא, אע"ג דמועיל תפיסה דאידך כמבואר בתוס' בב"מ [דף ק'] בד"ה וליחזי, דבכל דררא דממונא מהני תפיסה בטענת ברי, הרי דאפי' במידי דמהני תפיסה, מכל מקום כל כמה דלא תפס הדין חרוץ במתניתין דהממע"ה, וכל דיין שהוליא מן המוחזק ונתן לאידך דינו בטל וכאילו לא נפסק וכמש"ל, ונפקותא בזה כיון שהדין בטל דאע"ג דלא נוכל להוליא מיד מי שנתנו לו, מכל מקום מועיל תפיסה דאידך, גם יש מקום לומר שלריך להחזירו בכדי שלא יפסיד הדיין וכמש"ל:

ומלבד כל זה נראה לכאורה כיון שכבר הוכחנו [באות ב'] דבכל תיקו דהש"ס, דתו אי איפשר להכריע בפלפ מאזני לדק לאחד מלדדי הספק, לכן כיון דדינו פסוק דהממע"ה שוב הדר דינו כטועה בדמ"ש, רק דיש מקום לומר דמכל מקום אי איפשר להוליא ממנו מפני שכנגדו כבר תפוס בו, להפוסקים דגם בתיקו מהני תפיסה כקושיית הש"ך הנ"ל, אמאי לא נדמהו להא דאיתא ב"ב [דף ל"א] גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה, ואוקמא לארעא בחזקת אבהתא, הדר אייתי סהדי דאבהתיה הוא, אמר רב נחמן אנן אחתינן ליה ואנן מסקינן ליה, ועיין בתוס' שם דאם היתה תחלה ביד אחד מהם מחזירין אותה לידו כמו שהיתה תחלה, ואם לא היה מוחזק לא זה ולא זה מוליאין מידו, ויהא הדין כל דאלים גבר, וכן פסקי' בש"ע ח"מ [סי' קמ"ו סעיף כ"ג], הרי דאע"ג דבתרי ותרי מהני תפיסת הבע"ד, מכל מקום כל שהב"ד נתנו לו בטעותא לריכין להחזיר לידו כבתחלה:

איברא לקושטא ליתא דשאני בקרקע דלא מהני משום תפיסת בע"ד וכן הוא להדיא ברא"ש כתובות [פ"ב סי' י"ג] וזה לשונו, ומלאתי בשם הר"י ז"ל דתפיסה לא מהני, מדאמר לקמן גבי אלמנה שתפסה, דאמרינן לה מאן שם לך ולא מהני תפיסה, אלא איירי הכא כשהתפיסוהו ב"ד או כשתפס קודם שבאו העדים, והר"מ הלוי ז"ל כתב דאפי' תפיסת ב"ד לא מהני וכו' כשיבאו עדים האחרונים מוליאין מידו, כדאמרינן בחזקת הבתים אנן אחתינן ליה ואנן מסקינן ליה כו', וכי תימא הני מילי במקרקעי משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת אבל במטלטלין לא, הא אשכחן בב"ק [דף קי"ד] דאפי' במטלטלי אמרינן הכי דאינו מועיל התפיסה בב"ד כו', ואין ממש בכל אלו הדברים כו' דלא אשכחן דלא מהני תפיסה אלא בספק בכור כו' דבהני אין להתופס טענת ברי, אבל כל היכא שהמוחזק במטלטלין טוען ברי אין כח ביד ב"ד להוליא מידו, עכ"ל. ואפי' לדעת הרמ"ה שם

דס"ל דאף במטלטלין הדין כן, היינו משום דס"ל דאפי' במטלטלין לא מהני תפיסה כמו בתקפו כהן דמוציאין מידו, יעוי"ש:

אלא דאכתי יש כדמות ראיה לזה ע"פ מש"כ תוס' כתובות [דף כ'] בד"ה ואוקי ממונא, דבכל מקום דמהני תפיסה הוא מגד כל דאלים גבר, דע"י ספיקא דדינא בטל חזקת המוחזק והדר דינו לכל דאלים גבר, ואפ"ה היכא דב"ד נתנו לידו בטעותא צריכין להחזיר כמו שהיה בתחלה בחזקת שאינו של שניהם גבי עידי אבהתא ובני חזקה, כמבואר שם דאכן אחתינן ואכן מסקינן לרשות שאינו של שניהם, ולא אמרי' הרי כבר גברה ידו וישנו ברשותו, אלא ודאי דטעותא דב"ד שאני, א"כ הוא הדין נמי בתיקו אפי' לדעת הפוסקים דתפיסה מהני, כיון דכל עיקרו הוא מגד דאלים גבר, זהו כשתפס בעצמו, אבל לא ע"י טעותא דב"ד, ולפי"ז דברי הנמוקי יוסף שרירין וקיימין אליבא דכולי עלמא:

ה ויש להתעורר כיון דכל עיקר טעמא דמהני תפיסה של בע"ד בספיקא דדינא, ואפי' בתיקו, לדעת כמה פוסקים הוא מגד דעביד איניש דינא לנפשיה [כמ"ש בקיצור תקפו כהן סי' פ"ז בשם בעל התרומות] דלגבי עצמו הרי הוא כב"ד שלם, דהתינח בספיקא דדינא כיון דיש כח ביד ב"ד שאם הוציאו מן המוחזק ונתנו לחבירו אפי' בטעותא, כגון שלא ידעו מתחלה מדעת הפוסקים החולקים שזיכו את הנתבע, כמ"ש הש"ך [בס"ק ח'] בשם הגהות מיימוני, מכל מקום קם דינא אפי' היכא דסוגיא דעלמא אזלא כהחולקים שזיכו את המוחזק, מפני שכבר נפסק הדין ועשאוהו כמוחזק, כמו שכתבתי [בנתיב ב' אות א'] בשם רש"י ורא"ש, ומשום האי טעמא גם כשבע"ד תפס מעצמו בספיקא דדינא לא מפקינן מיניה, אלא דיפה כח ב"ד מבע"ד דאפי' במקום דסוגיא דעלמא אזלא כאידך לא מפקינן מיניה, מה שאין כן בבע"ד דלא מהני אלא בספק השקול, וגבי תיקו יפה כח הבע"ד מב"ד דתפיסת הבע"ד מהני לכמה פוסקים, ותפיסה שע"י ב"ד דינן כטעו בדמ"ש כמש"ל. ונראה לפענ"ד דהיינו טעמא דנהי דכחו של ב"ד עדיפא, זהו בדבר שאיפשר להכריע ע"פ סוגי וכללי הדת, דאע"ג שקלרה ידם של הב"ד שדנו בזה להכריע, מכל מקום כל כמה דמשכחת לן להכריע כבר נפל עליהם תורת ב"ד, ולכן הפסק דין שלא מאתם קיים ולא מהדרינן אפס מנהו להוציא מיד המוחזק שנעשה על פיהם, ואפי' היכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, מ"מ איפשר הדבר להכריע להיפוך עפ"י ראיות נשגבות, ולפרק הדבר מן הסוגיא דאזלא כאידך, אבל בתיקו דאי איפשר להכריע לשום צד עפ"י סוגי וכללי הדת, רק לקושטא קמי שמיא גליא דלצד א' מן האיבעיא הוא האמת לאמיתו, וצד השני הוא להיפוך, בזה נסתלק כח של הב"ד לגמרי, והרי כח ידם בזה כאינשי דעלמא, אבל הבע"ד בעצמו כביר מצא ידו לומר קים לי שאתי האמת, מפני שקמי שמיא גליא שצד אחד של האיבעיא הוא האמתי, וכמו שיכול לומר קים לי בכל מחלוקת הפוסקים, מפני שטענתו כברי יחשב שהעיקר כדעת הפוסקים שחייבו את הנתבע כמש"כ הש"ך בתקפו כהן, הוא הדין נמי בתיקו, דנהי דאי איפשר להכריע ע"פ סוגי וכללי הדת, מכל מקום ע"י האמת והשקר יתמלע הדבר:

ובזה יתיישב היטב דברי התומים [בס"ק ב'] שחייב את הדיין לשלם כשהוציאו מיד המוחזק גבי תיקו, ותמה עליו בעל נתיבות המשפט [בס"ק ב'] וז"ל, ומה שכתב בתומים דמשלם הדיין מביתו. תמוה לי דבזה ודאי הדין עם הש"ך, דהא אפי' בטעה בשקה"ד הקשה בס' תמים דעים להראב"ד כו', וע"כ צ"ל בטעם הדבר דבשק"ה כיון דדיינינן לכתחלה כסוגיא דעלמא אף להוציא כו', משא"כ הדיין גופא אין לו שום טענה לפטור עצמו כו', דהא אפי' להוציא מיד המוחזק אזלינן בתר סוגיא דעלמא, אבל בתיקו או פלוגתא דרבוותא דהדין דכל מוחזק יכול לפטור עצמו בטענת קים לי, מהיכא תיתי יגרע הדיין, בודאי דגם הדיין יכול לפטור נפשו ולומר קים לי שכדין פסקתי, עכ"ל. וצ"ל דעיקר כהתומים בזה, וטעם הדבר דדוקא בשקה"ד דעודנו איפשר להכריע בין הפלוגתא ויש עליהם תורת ב"ד ולהכי קם דינא וחייבים לשלם, והדיין אינו יכול לומר קים לי מפני שסוגיא דעלמא אזלא כוותיה דאידך, אבל גבי תיקו נהי דהספק שקול מכל מקום כיון דאי איפשר להכריע הדבר, כבר דינו פסוק דכלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, נמצא שזה הנתבע המוחזק בדבר הוחזק ביותר והיה ממונו לכל דבר, והדיין שהוציא ממנו הפסידו ממון גמור, מסתברא שחייב לשלם:

גם מה שהקשה מדברי התומים עצמו שפסק בקיצור תקפו כהן [סי' קכ"ו] גבי מורדת דמהני תפיסה ע"י שליח, ומשמע דפטור מלשלם חדא דהתם הוא איבעיא דלא איפשטא ולא קאי בתיקו, דגם בב"ד קם דינייהו ופטורין מלשלם, ועוד כיון שכתב שם דכל כהאי גוונא לא נכלל בסוג חב לאחרים, דזהו היכא שהוא חב לאחריני בודאי, אבל לא בספיקא דדינא שהוא רק כספק חוב, נמצא דתפיסתו מהני מגד שליחות, ודינו כאילו תפס הבע"ד בעצמו דיכול לומר קים לי אפי' גבי תיקו, וכמש"ל:

עוד הקשו האחרונים על התומים הנ"ל, דמאי שנא מטבח דפטור מלשלם היכא שעשאהו לספק טריפה [גבי מגרומתא ב"ק דף צ"ט, ובש"ע ח"מ סי' ש"ו סעיף ה'] מפני שיכול לומר דילמא לא הפסדתיך, והכא נמי ליפטרו הדיינים גבי תיקו מהאי טעמא. ונראה דמרחק רב ביניהם ולא דמי כלל, דהכא גבי תיקו חייבים, דנהי דאיפשר שהאמת הוא כן מכל מקום הפסדתוהו עפ"י דת תוה"ק שהדין פסוק דהמע"ה והוה כממוני לכל דבר, ואתם הוצאתם מידי ואוקימתיניהו ברשותא דאידך, והרי הוא היזק הניכר כיון שהוציאו מרשות לרשות, משא"כ גבי ספק טריפה דנהי דאפי' כשנימא דכשירה היא מ"מ הפסדתני ע"י מעשה שלך שאיני רשאי לאכול הימנה, אבל לא יעדיף הפסד זה מכל היזק שאינו ניכר דעלמא דפטורין בשוגג, ועיין ב"ק [דף ק'] בתוס' ד"ה טימא את הטהור, [דכל שהוציאו מרשות לרשות חשיב היזק הניכר, ומשום הכי חייב השומר היכא שהזיק לאחרים, אפי' כשהחזירו קודם גמר דין]:

ו ויש לעיין דמשמע להדיא דבקרקע לא מהני אפי' כשהתפיסוהו ב"ד קודם שנולד הספק, כגון בתרי ותרי אף שהורידוהו קודם שהוכחשו, וכן הוא בהדיא בגמרא, דאכן אחתינן ליה ואכן מסקינן, בין שהיה אידך מוחזק בשדה ובין שלא היתה בחזקת של שניהם מהדרינן ומוקמינן כדמעיקרא כנ"ל, ואילו בספק פלוגתא וסוגיא דעלמא אזלא כאידך, איתא בחייב את הזכאי דקם דינא, ומסתימות המשנה דאפי' בקרקע הדין כן, ולדעת תמים דעים מובא בנתיב ב' הוא מגד דבע"ד אומר קים לי כאידך תנא, גם לדעת רש"י והרא"ש מובא שם, הוא מגד שהוא מוחזק ושכבר נפסק הדין וכמו שכתבנו שם, הרי דאפי' בקרקע דינן ליה כמוחזק. איברא למש"כ לעיל [באות ב'] ניחא, דעיקר הדבר תלי', דבספק שאיפשר להכריע לצד א' דבזה הדין קיים, לכן אין לך מוחזק יותר מזה אפי' בקרקע, ולא אמרינן בזה קרקע בחזקת בעלים עומדת, כיון שעל פי דין ירד לתוכה ע"י ב"ד, אין לך מוחזק יותר מזה, ואע"ג דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, כיון שאין זה הכרעה גמורה, ועודנה איפשר להכריע בראיות נשגבות להיפוך משום הכי קם דינא, דנעשה מוחזק ע"פ בית דין, אבל בספק שעל ידי תרי ותרי כיון דאי איפשר להכריע, הרי הדין בטל כיון שנעשה בטעות, הדר מוקמינן לה גבי קרקעות בחזקת בעליה הראשונים, וכן בספיקא דתיקו כיון דא"א להכריע, הדין בטל לגמרי וכמש"ל, ושקול הוא לטעה בדבר משנה:

ז מש"כ לעיל [באות א'] היכא שכבר יצא הדבר מפי ב"ד להעמידו בחזקתו שוב לא מהני תפיסה דאידך, והרי בתרי ותרי דלעולם הוא בפני ב"ד וע"י ב"ד, וכן הקשה לי תלמידי המופלג הח"ו מו"ה ישעי' נ"י, ואמרתי לו דשאני תרי ותרי כיון דפסקינן דלא מקרע קרעינן ליה ולא מיגבא גבינן ביה, הרי זה כאילו לא נפסק הדין לגמרי, ואע"ג דגבי יתומים מן היתומים היכא דפסקו הדין כרו"ש, אע"ג דלא נקרע השטר אפ"ה תו לא מהני תפיסה דיתמי מלוה, כדמוכח מלשון הרמ"א דדוקא אם קדמו ותפסו וכמ"ש לעיל, שאני התם שהב"ד פסקו שיחזירו השטר ולקרוע, רק ע"י פשיעות או עצלות של יתמי מלוה הוא דלא נקרע, ומש"ה דינו כאילו נפסק הדין לגמרי, ותו לא מהני תפיסה דיתמי מלוה, אבל גבי תרי ותרי דפסקינן כן דלא מקרע קרעינן, הרי דלא נפסק הדין לגמרי ביניהם, מש"ה מהני תפיסה של בע"ד גם אח"כ:

ח מש"ב לעיל [באות ג' ד'] גבי תיקו דאפי' לדעת הפוסקים דמהני תפיסה מכל מקום מחוייב הדיין לשלם, טעמא דידי כיון דכל כמה דלא תפיס אידך הרי הוא ממון שלו לכל דין ממון לכל התשמישים ולהוציאו לגמרי ע"פ דת תוה"ק, נמצא שהפסידו לו הב"ד ממון גמור, ותליא בפלוגתא, דלתוס' ורא"ש בסוגיין דאפי' בלא נשא ונתן חייבים לדעתם, ולדעת הרי"ף דוקא בנשא ונתן, [אולם לדעת הרמב"ם (פרק ו' מהלכות סנהדרין הלכה א' ג') דסבירא ליה לחלק בין דבר משנה לשיקול הדעת, דבשק"ה חייבים אפי' בלא נו"נ היכא דליתא דתיהדר, מה שא"כ בדמ"ש

בדמ"ה איפשר לומר דלענין זה דמי לשיקה"ד כיון דמכל מקום ספיקא הוא בעיקרו, משא"כ בדמ"ה דדמי לאונס כמ"ש בלחם משנה שם, ולהכי אע"ג דעיקר הדין מסתברא דדמי לדמ"ה, דכיון דאין בנידון זה שום מבוא לכנוס בו ע"פ הוגי וכללי הדת בדברים אמתים, ולהכי הדין פסוק דהממע"ה, אבל לענין תשלומין כיון דלא איפשר למיהדר ולהוציא מאידך שתפוס, וגם טעמא דלחם משנה לא שייך בזה, מסתברא דמחויב לשלם אפילו בלא נו"כ ביד לדעת הרמב"ם], ואע"ג שגם עתה איפשר שיתפשו הבעלים הראשונים ממנו, מכל מקום על ידם עשו ממון גמור שלו לכלל ספק, וכל כהאי גוונא הוי כמזיק ממון גמור, ולא גרע ממשביע עד הטומאה לאחר קינוי וסתירה דמחייב קרבן שבועה [שבועות ל"ב.] לפי שעל ידו נעשה ממון גמור של הבעל לספק שמא תשתה ותבדוק, וכן להיפוך כשהוזם עד הטומאה לאחר קינוי וסתירה דמחויב לשלם לה כתובתה, אע"ג דאיפשר שגם בלעדו תפסיד כתובתה על ידי שתיית מים שעל ידי עידי קינוי וסתירה, אלא ודאי דלעולם אזלינן בתר השתא והוודאי, ולא מהפכין פני הדבר בתר ספיקא, ואין להקשות שהרי בסוגיא דתקפו כהן [בב"מ דף ו':] אמרינן דאי תקפו כהן אין מוציאין מידו נמצא זה פוטר עצמו בממון של כהן, עי' בכסף משנה [פרק ב' מהלכות בכורות הלכה ו'] דכתב בדעת הרמב"ם דסבירא ליה למסקנא דאע"ג דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דכל כמה דלא מטא לידי' הרי הוא כשל ישראל לגמרי ונכנס לדיר להתעשר, ועוד דהתם דוקא לקיום מצוה דצריך לעשותו בדבר שברור לו שהוא שלו לגמרי, ולא בדבר שהוא בעצמו מסופק, ועוד דקמי שמיא גליא להבחין בין האמת והשקר, משא"כ לכל דין ממון שהוא שבין אדם לחבירו, דלעולם אזלינן בתר סוגים וכללים של דיני תוה"ק, וגבי תיקו הוא כללו דדינן גבי' היכא דקיימא תיקום, ונמצא שהוא שלו לגמרי לכל דין ממון שהוא, והדיין שהוציא ממנו הרי הפסידו ממון גמור, וכן מבואר בתומים [ס"ק ב'] דפשיטא ליה דהדיין מחויב לשלם, ובאות ה' כתבנו ליישב דבריו מקושיות האחרונים:

סימן מט

בדיני שיקול הדעת

א **נראה** לבאר בפשטא בדעת רש"י בקבלוהו עלייהו, וזה לשונו [בדף ה'.] אי קבלוך עלייהו לגמרי ליכא אחריך אם לדין אם לטעות ולא יתבעוך לא תשלם, ואי לא זיל שלים, ואי לא קבלו טעותם עליהם וכו' עכ"ל, ומשמע מדברי קדשו דמומחה לא מיפטר עד דקבלוהו עלייהו בין לדין בין לטעות ותיפטר. כדדייקינן מדברי קדשו, ולא יתבעוך. וגם משמע היכא דלא קבלו טעותו עליהם, הרי זה כאילו לא קבלוהו היכא דטעה, [והא דכתב בהגהות נמוקי יוסף דהיכא דלא קבלוהו עליהם אפי' בגמיר וסביר אין דינו דין, עי' לקמן סוף אות ז'], שהרי הוכיחו מזה בסוגיא, דיחיד מומחה דן אפי' בעל כרחו [ובזה יתיישב קושיית תוס' בד"ה ואי לא, ועי' ש"ך (ס"ק למ"ד אות ג') שכיוונתי לדעתו בזה, ועי' מש"ל באות ב' לבאר דברי קדשו], וזהו טעמי' דתוס' לקמן [ה':] בד"ה יפה כח פשרה וכו' וז"ל ונראה דמיירי כגון דאתו לבי תרי ואמרו להו דונו אותנו כמו שרגילים לעשות הדין וכו', וצריך להבין דאם כן מאי קשיא לשמואל שאני הכא שהתנו בפירוש, דמסתמא רגילים לעשות כפי תקנת חכמים לכתחלה, דדין בשלשה דוקא, אלא ודאי היינו טעמא כיון דלשמואל בדיעבד דינם דין, תו לא איכפת להו בדברי בעלי דינין, שהרי הם יכולים לדונם בעל כרחן, ומי עשאום לאדונים בדבר לשדות בו נרגא ולומר דונו לנו דין תורה, לכן הרי זה כאילו לא התנו ולא קבלוהו, ומשו"ה ביחיד מומחה וטעה בשיקה"ד מה שעשה עשוי וישלם, ובאינו מומחה וטעה אין דינו דין כלל, דנקטינן דיבורייהו במאי דאמרו שלא קבלו טעותם רק לגבי עצמם במאי דקבלוהו עלייהו, והרי זה כאילו אמרו דעו דהא דקבלנוכם עלן הוא באופן שתדונוהו ד"ת, דהכי דעל גמר דין גופא אינם יכולים להתנות, מפני דלאו בדידהו תלי' מילתא וכמ"ש, אכן על קבלת עצמם יכולים להתנות, ולהכי במומחה וטעה בשקה"ד הגם דדינו דין, אבל מכל מקום מחוייב לשלם וכאלו לא קבלוהו ודן אותם בע"כ, ובאינו מומחה בטל דינו לגמרי מהאי טעמא, ועי' בנמוקי יוסף שמביא בשם אחרונים דגם במומחה וקבלוהו באופן זה שידון ד"ת וטעה בשקה"ד, דבטל דינו לגמרי, ונראה דטעמייהו בזה דמסתברא להו דנהי דאי איפשר לנקוט האופן בדבר והיפוכו לגמרי, ולומר דאם תכוון הדין כפי ד"ת, הדבר חובה עלינו לקבל דבריך, ובאם תטה אפס מנהו תתבטל ותופר דינך לגמרי, ותשאר הדבר רק כפי עיקר הד"ת וכפי שדנין בהם לכתחלה מפני דלאו בדידהו תלי' הדבר, שהרי יכול לדון בע"כ בשגם שיטעה בשקה"ד יקום דינו בעל כרחן. איברא נקטינן מיהת דיבורייהו באפס קצהו מן נתיב ההיפוך לגמרי, והוא דנקטינן הדבר בנתיב הממוצע בין שני הקצוות, וזהו דבאם תטעה אזי אין רצונינו במומחה הלזה, ויקוב הדין בינינו על פי מומחים אחרים, וכשם דבתחלה היינו יכולים וגם ביד כל א' מאתנו לומר כן, כן יקום בינינו גם לאחר גמר דין אם יטעה, ובאופן זה כמו שיכולים לומר מתחלה ואין המומחה יכול לכופם לדון בפניו, כן הדין כשהתנו מתחלה על סופו:

ונראה לפענ"ד דעיקר הדבר תליא בפלוגתא דר"מ וחכמים בקדושין [דף ס"א], דר"מ ס"ל דבעינן תנאי כפול, וקראי דכתיב אם בחקותי תלכו ואם בחקותי תמאסו אתיא כפשטא, ומסתברא דר"מ ס"ל דגם בסתמא נקטינן פני הדבר בדרך ההיפוך לגמרי, [רק הטעם משום דלית ליה מכלל לאו אתה שומע הן, ולכן באיסורא דאית ליה לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן, נקטינן הדבר בדרך ההיפוך, וכמ"ש הר"ן בפ' שבועת העדות דף ל"ה על המשנה דיברכך וייטב לך, והכי מסתבר גם למסקנא], ורבנן פליגי שם ואמרי דאיצטריך למיכתב, דאי לא, הוי אמרינן לא קללה ולא ברכה, הרי דסברי דנקטינן פני ההיפוך בדרך ממוצע ולא לגמרי, ועי' רמב"ם בפרק ו' מהלכות אישות ובמגיד משנה שם. דגאונים ראשונים פסקו כר"מ, וקצת מן האחרונים פסקו כרבנן, רק דבגטין וקדושין תקנו כן לכתחלה לרווחא דמילתא, והשתא בנדון דידן להפוסקים דפסקו כר"מ, א"כ בע"כ צ"ל כדעת רש"י דדבורייהו קאי רק על קבלת עצמן, שגם זה הוא בנתיב ההיפוך לגמרי, מפני שעל הירוס הדין לגמרי אין יכול להתנות וכמ"ש, וגם אין לומר דנקוט ולומר שידונו בפני מומחה אחר, שאין זה בנתיב ההיפוך לגמרי, שהרי גם האחר איפשר שיטעה בשקה"ד, ובע"כ יקום דבר גם שלא כפי הדין, אבל דעת האחרונים הוא לטעמייהו דסברי דעיקר הדין להלכה כרבנן דאמרי דנקטינן ההיפוך גם בדרך ממוצע, ומש"ה דינו בטל וידונו בפני אחרים:

ב **איברא** בעיקר דברי רש"י שפירש לן דקבלוהו ולא קבלוהו, בכל אחד מהם בקבלה האחרון, דלא מיקרי קבלוהו אלא כשהתנו בפירוש, בין לדין בין לטעות, ולא יתבעוך, וכן לא קבלוהו כשהתנו בפירוש שלא קבלו הטעות, ושביק לן דרך הממוצע דהיינו שקבלוהו בסתם, הנה פניו מועדות, וא"כ קשיא לן מתניתין דבכורות דן את הדין, דמוקמינן לקמן אליבא דר' אבהו כשקבלוהו עליהם, במאי מוקים ליה, אם כשקבלוהו בפירוש הן לדין הן לטעות ולא יתבעוך, א"כ אפי' כשאינו מומחה דרישא אמאי ישלם, ואם כשהתנו שלא קבלו הטעות, א"כ קשיא רישא וסיפא, דכיון דזהו כאילו התנו על הקבלה כמש"ל, וא"כ קשיא רישא באינו מומחה אמאי מה שעשה עשוי, וקשיא סיפא אמאי פטור מתשלומין, ואין לומר דמיירי כשקבלוהו בפירוש בסתמא שלא התנו כלום, אכתי קשיא סיפא במומחה אמאי פטור מתשלומין, שהרי אפי' במומחה כמר זוטרא לא פטרינן ליה אלא כשהתנו בפירוש בין לדין בין לטעות, ונראה בפשטא דמשום האי טעמא הוציא רבינו בעל ש"ך [בס"ק ל' אות ג'] את דברי רש"י מפשטא ומפרש דסתם קבלה במומחה הוי כאילו התנו בין לדין בין לטעות, וע"ש. ולפענ"ד נראה בכוונת דברי רש"י, דס"ל מדאמרינן בסתמא דן דינא וטעה, ושביק מלפרש במאי טעה כדמפרש לקמן [דף ו'] דטעה במאי וכו', אלמא דבדין זה לא מפלגינן, אלא אפי' בדבר משנה נמי פטור וקם דינא, והוא כשהתנו בין לדין בין לטעות, וגם כשהתנו בפירוש ולא יתבעוך, דאי לאו הכי אמרינן דלא התנו אלא לענין קיום הדין ולא לפוטרו מתשלומין, ואי לא קבלוהו והתנו בפירוש ואמרי ליה דיינת לן שלא קבלו הטעות, זיל שלים בין בדבר משנה היכא דליתא דתיהדר, או בשקה"ד דקם דינא לגבי מומחה, דהכי דמהדרינן להקים דבורייהו ואמרינן דתנאי מיהת יקיים על הקבלה, והשתא דטעה הוי כאילו לא קבלוהו, מכל מקום במומחה קם דינא דאפי' בלא קבלוהו יכול לדון בכפייה וכמש"ל, אך בסתם קבלה ולא התנו כלל, מהני מיהת בטעה בשקה"ד באינו מומחה לענין קיום הדין, וגבי מומחה לפוטרו מתשלומין ובכי האי גוונא מיירי מתניתין דבכורות, ומסתברא מילתא דהיכא דהתנו

דהתנו בפירוש בין לדין בין לטעות, דאפי' טעו בדמ"ש קם דינא מפני התנאי דקבלו עליהם בפירוש אפי' כשיטעו, דכהם דמהני התנאי לפטור מתשלומין את שאינו מומחה כשטעה בשקה"ד, הוא הדין נמי לענין קיום הדין גם בדמ"ה, והא דמשמע קצת מדברי הרא"ש בסוגיין פ' א' דיני ממונות [סי' ד' ה'] דדוקא בשקה"ד, וזה לשונו שם אבל אם קבלו בעלי דינין עליהם יחיד שאינו מומחה בפירוש בין לדין בין לטעות, דיני' דינא אי טעה בשקה"ד ופטור, עכ"ל. אין כוונתו בזה דבדבר משנה הדר דינא, רק לענין פטור תשלומין דלא מיפטר רק בטעה בשקה"ד, כיון דקם דינא בשקה"ד גם בשהם קבלה, תו מהני קבלתו דבין לדין בין לטעות לפוטרו מתשלומין, משא"כ בדמ"ש דהדר דינא בשהם קבלה, דתו לא מהני גבי' קבלה דבין לדין בין לטעות רק לענין קיום הדין ולא לענין פטור תשלומין, [דהרא"ש לשיטתו דס"ל כדעת התוס' שגם בדמ"ש איכא חיוב תשלומין לדידן דפסקינן כר' מאיר דדן דינא דגרמי. איברא לדעת הרמב"ן וסייעתו נ"ע קצת דהיאך יתחייב הדין בע"כ מפני תנאי של בע"ד] עד שיאמרו בפירוש ולא יתבעוך, דבלא זה לא עדיפא מספק מחילה דחייב בתשלומין, עי' חו"מ [סי' ס"ה סעיף כ"ג] בהג"ה, ובש"ך [ס"ק ע"ח] בשם מהרד"ך:

ג **איברא** לכוון לאמיתו בדעת רבותינו בעלי תוס' לדינא בקבלה זו, שאמרו בפירוש ותדונו ד"ת נ"ע טובא, דהנה מדבריהם [דף ה'.] בד"ה ואי לא כו', וז"ל וקשה דא"כ מאי דייק מהכא דהא אפי' לא גמיר וסביר נמי מה שעשה עשוי וישלם מביתו, כדמוכח לקמן דפריך לר' אבהו מדן את הדין ומוקי לה בדקבלי' עלי' וכו', עכ"ל. דלכאורה נראה דלא ס"ל כדעת הנמ"י בשם האחרונים, דהתנאי קאי על הירוס הדין, דא"כ טפי הוה ליה לאקשויי אמאי פסק ליה דלישלם, הוה ליה למימר דיתבטל הדין מפני התנאי, [ואין לומר דמיירי בליתא דתיהדר, שהרי הוכיח הש"ס מזה דבמומחה קם דינא] וגם דלא כדעת רש"י דהתנאי קאי על הקבלה עצמו, דא"כ מה קשי' להו על רש"י, וגם אין לומר דסברי כדעת הש"ך [ס"ק ל' אות ד'] בשם הירושלמי, דכיון דלא טעה אלא בשקה"ד אזי לגבי מומחה דינו כקבלוהו בסתמא, דא"כ טפי הוי להו לאקשויי אמאי ישלם מביתו, שהרי הירושלמי מוקים לי' למתניתין דבכורות בקבלה כזאת, וקתני סיפא דמומחה פטור, אכן ליישב דבריהם איתא בשני לדדים, דיש מקום לומר דכדעת רש"י סבירא להו בעיקר הדין בקבלה כזאת, דמה שהתנו ותדונו ד"ת, קאי על הקבלה עצמו וכמ"ש לעיל, רק דאפ"ה קשי' להו שפיר, דאכתי מנ"ל דמומחה ידון לכתחלה בכפייה, דנהי דמסתמא מר זוטרא ורבה בב"ח לא יזדקקו לדון לכתחלה בדבר שהוא נגד הד"ת בשמן מנהו. איברא הא תינח אם נפרש ואי לא קבלוהו, כלל לא. אבל אם נפרש דהתנו מדעתייהו שידונו ד"ת, א"כ הרי מלד הדין יכולין להזדקק לדון ביניהם מרצונם, כיון שקבלו עליהם מפני שמומחין הם ויכולים לדון, [הגם דנכתייה מילתא שטעו בשקה"ד, ודינו כאילו לא קבלוהו כלל לענין תשלומין במומחה, ולגבי גמיר לחוד דינו בטל], אבל ליכא ראי' מזה דיכול לדון בכפייה לכתחלה, וקושיית תוס' אזלא ליה בפלא המשקל, דכיון דקבלה בשהם מהני לי' אפי' לבסוף בגמיר לחוד, דדינו דין אפי' כשטעה בשקה"ד, אזי מסתבר נמי דקבלה כזאת מהני מיהת לענין לכתחלה ואכתי מנ"ל דמומחה ידון לכתחלה ע"י כפיי', גם יש מקום לומר דהתוס' ס"ל כהירוש' דקבלה כזו הוי קבלה מעליא, ואפ"ה לא הקשו על עיקר דינא דחייבי' לשלם מסיפא דמתני' דבכורות דקתני דמומחה פטור, דיש לדחות דמיירי בסמוך [עי' ברא"ש פ' קמא דסנהד' (סי' ב') שמסתפק בזה, וז"ל אבל אי קבלוך עלייהו לא תשלם, אע"ג דמתניתין דדן את הדין אוקימנא בדקבלוהו עלייהו, ואפ"ה ישלם מביתו, התם בשאין מומחה כדקתני סיפא, ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם, ואע"ג דהתם מיירי בסמוך, כיון דמומחה לרבים אפי' כשאין סמוך הוי כסמוך], אבל בגמיר וסביר לחוד לא מהני אפי' קבלה שהם לפוטרו מתשלומין, משום הכי הסבו עיקר קושייתם על הוכחת הש"ס דבגמיר וסביר קם דינא גם בלא קבלוהו, וכן נראה עיקר מלשון הרא"ש שהקשה ג"כ קושי' זו, והוסיף מלה אחת דבכהאי גוונא עי' שם, הרי דעיקר הקושי' איננה על פלא המשקל, רק דסבירא ליה דקבלה זו הוי שפיר קבלה מעליא, כמו קבלה בסתמא משום דכיון דלא טעה רק בשיקול הדעת הוי דין תורה והרי נתקיים התנאי:

ד **עיון** שם בש"ך [ס"ק ל' אות ד'] שתמה על שיטת רש"י. מדברי הירו' דמוקי לה ר' אבהו גופי' למתניתין דבכורות בקבלה כזו בעל מנת שתדונו דין תורה. וקתני בסיפא דמומחה פטור בקבלה כזו, ותמה על רש"י ועל דעת האחרונים שמביא הנמו"י גם הקשה על דעת כל הפוסקים דבקבלה סתם לא מיפטר אלא המומחה, ובירוש' מבואר דגמיר לחוד נמי מיפטר ע"י קבלה סתם, שהרי הקשה בירוש' על תירוצא קמא דמוקים למתניתין דבכורות בקבלה דחד כבי תלתא, ואי דטעה בשקה"ד בדא ישלם מביתו. ונראה לפענ"ד בהקדם לבאר על בוריין פטור המומחה בקיבלו עלי' דווקא, דלדעת רש"י [דף ג'.ג.] בד"ה פטור מלשלם משום דנזלא ביתא דהוא גברא גרס ליה למיטעי, וכן הוא ברא"ש שם במסקנא. דא"כ אפי' לא קבלוהו נמי, שהרי יש לו רשות לדון לכתחלה אפי' בע"כ, כמ"ש תוס' [דף ה'] בד"ה כגון. וצריך לדחוק בזה, וגם לדעת הרא"ש שהוא משום מילתא יתירתא, זה גופא צריך ביאור היטב, הכי יעלה על דעת שמפני שהוא מעלמם לפני המומחה, או אפי' כשקבלוהו מסתמא, יעלה על הדעת לפוטרו מן התשלומין באם יטעה [שהרי לדעתם שגם זה בכלל קבלוהו], שהרי יותר קרוב הדבר שמוחזק לפניהם שבודאי לא יטעה, וביותר קשה לדעת בעל המאור דלא ס"ל כלל סברא זו משום מילתא יתירתא, שהרי ס"ל בבי תלתא ואית בהו חד דגמיר, דאפי' כשקבלוהו חייבים לשלם, וכן הוא דעת הש"ך [ס"ק פ"ו אות ב'] בדעת בעה"מ, [ועי' בתומים ס"ק ו']. וגם רמב"ן במלחמות הודה לו בזה, א"כ גם בלא קבלוהו יפטור המומחה דאנוס הוא שאינו עלול לטעות. דמשום האי טעמא בבי תלתא וחד דגמיר לא מהני אפי' כשקבלוהו כיון דעלולים לטעות:

ונראה ליישב כל זה בהקדם קושיית הש"ס לעיל [דף ג'] אלא מעתה טעו לא ישלמו, ותירוצא דגמרא שם כל שכן שאתה נועל דלת

ועיין פירוש רש"י שם היטב. הרי מבואר דכל כמה שהם דיינים מה"ת פטורים הם לשלם כיון דנחתו ברשות, רק היכא דמדרבנן דינם דין מפני נעילת דלת, אזי מהאי טעמא גופא חייבים לשלם. איברא יסוד זה נכון הוא לפירש"י שם, אבל לפי פירושם בתוס' שם לא תליא בזה מידי. וגם נראה מסברא חילוקה, דאפי' לדעת הפוסקים בסי' כ"ב סעיף א'. שגם בתרתי לריעותא מהני קבלוהו, ואין יכול לחזור לאחר גמר דין. זהו היכא דאיכא תרתי לריעותא לפנינו ואפ"ה קבלוהו, הרי חזינן דקבלוהו להשלים כל ריעותא, אבל היכא דמדינא דאורייתא איכא תרתי לריעותא. אבל לאחר תקנתא דרבנן ליכא אלא חדא לריעותא וקבלוהו בסתמא. אזי בפשטא מסתברא דע"י קבלה בסתמא לא נקטינן מילתא אלא להשלים חדא לריעותא דאיכא לפנינו, כיון דבתר תקנתא דרבנן מספיק גם בזה לחוד, ולא פטרינן ליה מספיקא, דנימא שבא להשלים גם ריעותא השני' כי היכי דליהני גם מדאורייתא וכמש"ל דברי תשובת הרד"ך מובא [סי' ס"ה ס"ק ע"ח]. ולפ"ז בחד דגמיר וקבלוהו אפי' בפירוש פשיטא דנקטינן את קבלתם, רק דניהוי כאילו הוי בי תלתא דדינם דין מדרבנן משום נע"ד, ולהכי מהאי טעמא גופא מחייבינן ליה לשלם כשטעה בשקה"ד כתירוצא דש"ס לעיל לפי' רש"י. אבל בחד דגמיר וסביר וקבלוהו הרי בעל כרחו דנקטינן קבלה דידהו דניהוי כתלתא מומחי דסמיכי דדינם דין מדאורייתא. ומש"ה פטור מלשלם כקושיית הש"ס לעיל, דכיון דנחית ברשות מדאורייתא תו ליתא שום צד לחייבו. וזהו כוונת הרא"ש במאי שכתב משום מילתא יתירתא, דמסתמא היה בדעתם שקבלוהו עליו כתלתא מומחי דסמיכי, וממילא אין מקום לחייבו עוד בתשלומין. אבל בלא קבלוהו כיון דדינו דין רק מדרבנן כמ"ש תוס' [דף ה'] בד"ה ואם. ורא"ש בריש פרק קמא. דנהי דמומחה הוא וטעותא דידי' אונס גמור הוא, אפ"ה מחויב לשלם מצד נע"ד כתירוצא דגמרא לעיל, ומשום האי טעמא גופא גם בבי תלתא ואית בינייהו חד דגמיר וקבלוהו, הרי בע"כ נקטינן קבלה דידהו כאילו הוי תלתא מומחין דסמיכי, דדינם דין מדאורייתא ופטורין גם כן כיון דנחתי ברשות מדאורייתא. [ומשום האי טעמא גופא ס"ל לרא"ש דבי תלתא ואית בינייהו חד או תרי דגמיר וסביר ולא קבלוהו דמחויבים לשלם, כיון דמכל מקום אין דינם דין רק מדרבנן משום נעילת דלת, לכן משום האי טעמא גופא חייבין לשלם]:

ה **איברא** לדעת בעל המאור דס"ל דבי תלתא וחד דגמיר דמחויבים לשלם אפי' בקבלוהו, בע"כ צ"ל דסבירא ליה בקושיית הגמרא לעיל כפירוש התוס' שם. וממילא דנפל יסוד זה לגמרי, צריך לומר לדידיה בפטורא דמומחה בקבלוהו דווקא היינו משום דאז נשלם אונסא דידיה בכל הצדדים, משא"כ כשלא קבלוהו דנהי דאית ליה רשותא לדון ביחידי מכל מקום כיון שנסתיים מילתא דטעה, אזי תלינן האונס גם בפשיעה כל דהו. ואמרינן דאולי כשהיה נושא ונותן בדין זה בבי תלתא לא בא לכלל טעות, ודמי לכל תחלתו בפשיעה

בפשיעה וסופו באונס, דכל כמה דאיכא למיתלי אונס בפשיעה אפי' בלא הרחוק תלינן, אבל בקבלוהו לחודא הרי הם עצמם גרמו לזה. ובשלם הטעות הרי דמי לגבי דידיה כאונס גמור, משא"כ בגמיר לחוד דאפי' בי תלתא וחד דגמיר לחוד לא מהני אפי' כשקבלוהו כיון דליכא אונסא דעבידי למיטעי, ומשום האי טעמא ס"ל לבעל המאור שם דבי תלתא ואית בינייהו חד דגמיר וסביר דפטורין אפי' בלא קבלוהו כיון דנשלם האונס מכל צד, שהרי נשא ונתן בזה בבי תלתא. [והרא"ש הוא דפליג דאזיל לטעמיה דס"ל בקושיית הש"ס אלא מעתה שטו לא ישלמו כפירש"י שם, ועל זה משני כל שכן דאיכא נע"ד, הרי מוכח להדיא דכל כמה דאין דינם דין מה"ת מחוייבים לשלם מדרבנן משום נע"ד], וכן משמע להדיא בבעה"מ שם למעיין היטב כמש"ל:

ודע דיש מקום לומר בטעמא דפליגי הרא"ש ובעה"מ בבי תלתא וחד דגמיר וקבלוהו, מטעמא אחרינא, דקבלוהו לגבי בע"ד עצמם, הרי הם כנקיטי רשות מריש גלותא לגבי עלמא, וכן משמע קצת מן הרי"ף בהלכות, והרא"ש לשיטתיה דגם בגמיר מהני נטילת רשות, משו"ה מהני נמי כשקבלוהו. ובעה"מ לטעמיה דס"ל להדיא דנטילת רשות לא מהני אלא בגמיר וסביר, ומש"ה ס"ל דגם קבלוהו לא מהני אלא בגמיר וסביר ולא בתלתא וחד דגמיר, ומסתבר כמ"ש בתחלה, דנהי דנטילת רשות לא מהני אלא בגמיר וסביר, זהו משום דאין נותנין רשות לעלמא כל זמן דלא גמיר וסביר, אבל קבלה דבע"ד לגבי עצמם אמאי מחלקינן בהו. וגם לא יתיישב במאי דפליגי בבי תלתא וחד דגו"ס. וזהו טעמיה דנמוקי יוסף בסוף הסוגיא בתלתא דסמיכי, דפטורין אפי' בלא קבלוהו, משום דס"ל כפירש"י בקושיית הגמרא ותירוצו, דהשתא כיון שהם דיינים מן התורה פטורין לשלם משום דנחתי ברשות מן התורה. [וצ"ל דסמיכי ע"י ב"ד לחוד ולא מריש גלותא ולא מנשיא בארץ ישראל, וכמ"ש הש"ך (בס"ק כ"ט אות ח') דאם לא כן אפי' חד נמי]. וגם לא כדעת בעה"מ וכפי פירושם של תוס' הנ"ל, דא"כ הכא דפטור בחד דגמיר וסביר בקבלוהו [כמ"ש הנמו"י שם] משום דנשלם אונסא דידיה בכל הצדדים, הכי נמי ליפטרו בי תלתא דאית בינייהו חד דגמיר וסביר ואפי' לא סמוך כלל, דלגבי אונסא אין לחלק בין סמוך או לא:

ו איברא קשיא לכל הפירושים שכתבנו, דא"כ לאוקימתא דרב חסדא דמוקים לן מתניתין דבכורות כשנשא ונתן ביד, וכן פסק בהלכות ומבואר שם ברמב"ן דטעמיה דר"ח דכל דיין שראוי לדון הן מה"ת הן מדרבנן אנוס גמור הוא, ומשום הכי לא מחייבינן ליה אלא כשנו"נ ביד, דאז אפי' ע"י אונס נפשות ממש מחוייב לשלם יעוי"ש היטב. וא"כ אפי' בתלתא דסמיכי נמי חייבין לשלם, וכן הוא בנמוקי יוסף שם בסוף הסוגיא בשם הרמב"ן. וא"כ קשיא סיפא דמתניתין ואם היה מומחה פטור, ופירשו בו כל הפוסקים דמיירי בגמיר וסביר לחוד אפי' בלא נטל רשות רק כשקבלוהו פטור, ואמאי דנהי דקבלוהו כתלתא דסמיכי, הלא המה נמי חייבין. [רק בנטל רשות הוא דמיפטר משום הפב"ד, כמ"ש רש"י (דף ה') בד"ה שבט, וכן כשסמוך מנשיא נמי פטור מהאי טעמא בא"י דוקא]. ואי משום דבקבלוהו נשלם האונס בכל הצדדין. דהא היכא שנו"נ ביד חייב אפי' ע"י אונס נפשות ממש דאנסוהו לשאת וליתן, [ועמ"ש בזה לקמן בסי' כ"ג סוף אות ב']:

איברא לאחר העיון נראה ע"פ דאיתא ב"ק [קי"ז:] ההוא גברא דהוה מפקיד ליה כסא דכספא סליקו גנבי עילוי' שקלה ויהבה להו וכו' אמר ר"א חזינן אי איניש אמיד הוא אדעתא דידיה אתו ואי לא אדעתא דכספא הוא. והקשו שם התוס' והפוסקים דהא כשנו"נ ביד חייב אפי' ע"י אונס. ותירצו דזהו דוקא באיניש דעלמא דמזלא דידיה גרמא ליה שנתגלגל האונס עליו לתת לו של חבירו, אבל בפקדון שנתגלגל האונס עליו ע"י המפקיד שהפקיד אצלו יעוי"ש. ומשום האי טעמא היכא דקיבלו עליו הבע"ד עצמם שנתגלגל הענין עליו ע"י הבעלים עצמם משו"ה פטור במומחה, דאונס הוא בסבת הבעלים. ומעתה נתברר בהכרח דרמב"ן ס"ל כפי' התוס' לעיל, שהרי כללא כייל דבכל גווני פטורין בגרמי לחוד, רק כשנו"נ ביד חייבין, דכל דליכא אונס הוא. ולדעת רש"י ופירושו כל כמה דלא קבלוהו ולאו דיינא הוא מן התורה אלא משום נע"ד אזי מהאי טעמא גופא מחייבינן ליה:

ועיין נמוקי יוסף בסוגיין ד"ה אמר ר"כ וז"ל וההילוק מפורש דבאין מומחה משלם מביתו ואם מומחה הוא פטור מלשלם כו' ואפי' נו"כ ביד כו', וכן הדין דכל היכא שהוא סמוך שנטל רשות מראש גולה או מב"ד של ישראל או שקבלוהו כו' דין אחד להם ליפטר מן התשלומין, עכ"ל. ולכאורה יפלא דהא מסיק שם בסוף הסוגיא דאפי' ג' מומחין סמוכין חייבין היכא דעביד מעשה בידים, והיאך נקט דהיכא שנטל רשות מב"ד של ישראל דפטור. וע"כ צ"ל דכוונתו ב"ד של הנשיא בישראל והוי כמו נטל רשות מראש גלותא דפטור מטעם הפקר ב"ד, ולקמן מיירי בג' סמוכין מב"ד לחוד כדרך סתם סמוכים, ויותר נכון להוסיף ולגרוס כן בנמו"י עצמו, או מבית דין של הנשיא בארץ ישראל:

ז נהדרין לעניינא דלפום דברינו שהארכנו עד כה דסיפא דמתני' דבכורות במומחה וקבלוהו כבי תלתא, דפטורא דידיה הוא מצד סברא חילוקה, וגם נשמע להדיא ממתני' [דף כ"ד] דנאמנים עלי שלשה רועי בקר דלאחר גמר דין אינו יכול לחזור, ואפי' לדעת הש"ך [בסי' כ"ב ס"ק ב'] דחד כבי תרי מיקרי תרתי לריעותא, זהו כשלא נעשה מעשה על פיו אבל היכא שכבר נעשה מעשה כפי דינו, אזי גם בתרתי לריעותא אין יכול לחזור, כמ"ש הש"ך [בסי' כ"ה ס"ק י"ב] להדיא. ולפי"ז קושיית הירושלמי ואי דטעה בשקה"ד בדא ישלם מביתו, קאי על סיפא דמתני' לפום אוקימתא דר' בא דמיירי בקבלוהו כבי תלתא, וא"כ מאי קמשמע לן בסיפא דמומחה וקבלוהו פטור, הכי סלקא דעתא לומר שישלם מביתו, ועל זה מתרץ כשאמרו לו הרי אתה מקובל עלינו כשלשה על מנת שתדוננו דין תורה, והשתא הדר ביה מתירוצא קמא, דמוקים ליה בקבלה סתם וכפירושו דש"ך שם וכמו שיתבאר להלן, וזהו חידושא דמתניתין בין ברישא בין בסיפא, דסלקא דעתא דנהי דתנאי בטל לקושטא, לפי שהמעשה כזאת אי אפשר לקיים ע"י שליח, דאם יקבלוהו ע"י שליח לא מהני כלום, דמילי לא מימסרי לשליח, וכן כתב כעין זה בדרוש וחדוש [סוף מערכה ע"ז] לפרש דברי הש"ס גיטין סוף פרק מי שאחזו, [לא מיבעיא לדעת מהרי"ט (סי' קכ"ז חלק א') דאין יכול להקדים ע"י שליח פשיטא דלא מהני קבלה ע"י שליח, (וע' מש"כ בתפארת ירושלים גיטין אות ל"ד על דברי מהרי"ט באריכות בעזה"י), ואפי' לדעת החולקים עליו התם משום דנגמר הדבר ע"י השליח לבד, משא"כ הכא שנגמר הדבר ע"י האיש שקבלוהו עליהם, יש מקום לומר דדמי לאומר אמרו לפלוני שיאמר לסופר שירצה הוא שיכתוב דלכולי עלמא לא מהני, והכא נמי הרי מיתלא תליא ליה בשיקול דעתו של מי שקבלוהו עליהם, ועיין בתוס' נזיר (דף י"ב.) בד"ה על מנת, דאפי' בדבר שקיומו ע"י דבור לחוד בעינן נמי כל דיני תנאים, כגון בהריני נזיר על מנת שאשמא, ועיין בתוס' כתובות (דף ע"ד) ד"ה תנאי, דאפי' לרבנן דפליגי על ר"מ בתנאי כפול אבל באיפשר לקיים ע"י שליח מודים, ומש"ה ניחא גם לאוקימתא דרב חסדא דמוקים לה כשנו"נ ביד ואפי' לרבנן, גם לדעת תוס' ורא"ש דאפי' לאוקימתא דרב ששת מוקים ליה כרבנן דהיכא דקם דינא חייב אפי' לרבנן], והשתא כיון דהתנאי בטל הוה ליה כקבלוהו בלא תנאי, מיהא אייתר לן בזה דהשתא קמשמע לן דקסלקא דעתא דתנאי זה לא גרע מגילוי דעתא שנתרצו רק על דין תורה, והשתא כיון שהגיס דעתו ודן יחידי [כפירושו בירושלמי] נתחייב לשלם אפי' מומחה, [שהרי גם לדעת הש"ך מחלקינן בין קבלה סתם דאפי' בגמיר לחוד פטור ובתנאי מחוייב לשלם, אע"ג דלטעמיה הרי נתקיים התנאי דטעותא בשקה"ד הוא דין תורה, הכא נמי לפום מש"כ קסלקא דעתא לחלק בזה במומחה דאע"ג דתנאי בטל גרע מקבלה סתם וכמ"ש, דכיון שמשמע גילוי דעתם ואפ"ה הגיס דעתו, וכמו שמסיים בירושלמי שם] קמשמע לן דכיון דתנאי בטל לגמרי הרי זה כאילו לא התנו כלל:

ולפ"ז סרו כל קושיות הש"ך מדברי רבותינו הראשונים, דמקושי' הירושלמי לא מוכח דסבירא ליה דאפי' בגמיר לחוד מהני קבלה לפוטרו, דקושייתו הוא מסיפא, וגם התמיה שהפליא על דעת רש"י ונמו"י דסברי דגם במומחה מחלקינן בין קבלה סתם ובין כשאמרו ותדוננו דין תורה, דלרש"י חייב לשלם, ולדעת האחרונים הדין בטל לגמרי, דלמאי שכתבנו אם נדייק היטב בדבריהם דכל הפוסקים דסברי כרש"י או שהביאו דברי קדשו [זולת הנמו"י בפ' אחד דיני ממונות וכמ"ש להלן] שלא הזכירו כלל שהתנו בעל מנת, רק דקבלו עלייהו ואמרו דיינת לנו ד"ת, והרי זה כאילו אמרו לאחר שדנו לן ד"ת הרי את מקובל עלינו, דבלאחר אין צריך לדיני תנאים כלל, [וכן מבואר ברמב"ם ריש פ"ט מהלכות גירושין ובמגיד משנה שם, וברמב"ן פ"ב דבילה גבי הבו לי' ד' מאה זוזי לפלניא], כמו לאחר שתצא חמה מהרקיע [סוף פ' מי שאחזו] ולאחר שלשים יום [כתובות דף פ"ב], וכיון שאמרו כן מיד בשעה שקבלו עליהם דבריהם קיימים בזה, לרש"י כיון דטעה בשקה"ד הרי הוא כאילו לא קיבלו עליהם כלל, דהשתא בגמיר לחוד הדר דינא, ובמומחה קם דינא ומחוייב לשלם, דאמרינן דעיקר דיבורייהו יהבו על

על הקבלה עצמו ועל עצמם לחוד, ולדעת האחרונים דסברי מטעם אחר דדבורייהו ישבו על המומחה גופיה וכמש"ל [בסוף אות א'], ומשו"ה דינו בטל וידונו בפני אחרים, וכיון שאמרו כן בשעת קבלה אלימא דבורייהו שיתקיים, [ועיין בב"י ריש פ' הזהב גבי לייטין קא בעינן להו] משא"כ בירושלמי דמיירי כשאמרו על מנת בפירוש דאז בטל התנאי לגמרי, והרי הוא כאילו לא התנו כלל. ומה שכ' הנמו"י ראיה מהירושלמי לפירש"י דזהו שמסיים שם מפני שהגיס לבו לדון יחידי, משמע דמפני זה קסלקא דעתא שיתחייב גם המומחה לשלם כשהתנו בפירוש. שגם הקב"ה אינו דן יחידי כמש"ש בירושלמי, דמפני שהגיס דעתו הוא הגורם שיתחייב לשלם. והשתא דנהי דאע"פ כן פטור מלשלם מפני שהתנה על מנת בפירוש. וכיון שאינו בכלל דיני התנאים הוא דבטל התנאי לגמרי וכמש"ל. וממילא נשמע דהיכא דאמרו סתמא בלא תנאי דאזי יצא מסוג דיני התנאים, דאזי הגורם בתקפו. ולהכי מחוייב המומחה לשלם. וזהו כפירש"י ודלא כדעת האחרונים דס"ל שהדין בטל אפי' במומחה. דאם כן לא זהו הדרך דבשביל גבהות לבו אינו מן הדין שיבוטל הדין, אלא דבורייהו הוא דקגרים לזה וכמש"ל: ועיין בפירוש פני משה שם שהביא כפי גירסא הישנה ודלא כש"ך.

ומפרש דתירוץ דר' בא בתחלה ובסוף חד תירוצא הוא, וז"ל בקיצור, מה אנן קיימין, הש"ס מסיק לה להכריח אוקימתא דר' בא בשם ר' אבהו. דאי לא תימא הכי קשיא במאי עסקינן, דבאיזה דבר היה הטעות שלו, אם בשטעה ודן משיקול הדעת שלו. ואינו מפורש בהדיא הדין דאינו כן אלא כו'. בדא מה שעשה עשוי בתמיה, והרי לא קבלו אותם עליהם. ואפי' בשנים שדנו ואינם מומחים אין דינם דין, אם בשטעה ודן ד"ת כו'. א"כ קשיא בדא ישלם מביתו, והא קיימא לן טעה בדבר משנה חוזר כו' ר' בא כו', כלומר אלא על כרחו כדאמר ר' בא בשם ר' אבהו דהכא במאי עסקינן שקבלו אותו עליהם כשלשה, ועי"ש במראה הפנים שהאריך בזה. ולפע"ד ניחא דשיטת הירושלמי וש"ס דילן חדא הוא. ולדבריו גם לירושלמי מוקים ליה ר' בא בקבלוהו סתם. אלא דמצו אמרי א"כ דדעתייהו היה מתחלה ע"מ לדון ד"ת. וכמו שפי' מהרש"ל בש"ס דידן. אלא דעיקר דבריו תמוהים ואין להם ביאור כלל. דלדבריו הו"ל לאקשויי בקצרה, דטעה במאי, דבין בשקה"ד ובין בדמ"ש. קשיא אמאי מה שעשה עשוי ואמאי ישלם כיון דשנים שדנו אין דיניהם דין. לכן מחוורתא דמילתא כגירסת הש"ך. דשני תירוצים הן באוקימתא דר' בא. ולבל יסתרו את דברי רבותינו הראשונים מתחלה ועד סוף. ולפענ"ד כדכתבינן לעיל. ויתורצו השלשה קושיות שהקשה הש"ך בס"ק הנ"ל. איברא אכתי קשיא קושיית הש"ך על דברי נמו"י פרק אחד דיני ממונות וז"ל לאחר שהביא דברי הירושלמי, נראה מהירושלמי הא דתנן אם היה מומחה לרבים פטור מן התורה. אם אמרו לו בפירוש על מנת שתדון דין תורה וטעה חייב. ולולא דמסתפינא אמינא דיש למחוק תיבת על מנת:

עוד שם בב"י מביא דעת רש"י וז"ל ואין דעת רש"י ז"ל כן. אלא היכא שאמרו דיינת לן ד"ת וטעה. דינו דין ומשלם. ומגיה שם מהר"ש וז"ל והיינו אי לא קבלך דאמר ליה ר"י. ומינה דאם לא קבלוהו עליהם כלל אפי' גמיר וסביר אין דינו דין כלל וחוזר עי"ש. והגה"ה זו תמוה. ונראה דלא גרסינן ליה. או דכוונתו בזה לקושיית התוס'. דמינה משמע דאי לא קבלוהו עליהם כלל אפי' גו"ס אין דינו דין, ואזדא ליה כל הוכחות הש"ס מדר"י. והא דכתב הנמו"י בסוף הדבור שם. ומהכא שמעינן דיחיד גו"ס דיכול לכוף ולדון, עכ"ל. זהו לקושטא דמוכח כן מהש"ס. אכן בריש דבריו נקט לתמוה על פירש"י. דמוכח מתוך פירושו דגמיר וסביר אין יכול לדון בלא קבלה. והוא נגד הש"ס:

ח **ברש"י** [דף ו'] ד"ה דן את הדין, וז"ל בפירקין לקמן מוקי לה שנשא ונתן ביד. מדקתני מה שעשה עשוי. אלמא דיניה דינא. דאי לא דינא ליהדר, עכ"ל. וכבר הרגישו האחרונים בזה דלמה ליה לרש"י למינקט אוקימתא דרב חסדא דוקא. הלא שפיר מתיישב הקושיא לכל האוקימתות דלקמן, ועיין לעיל בפתיחה [נתיב א' אות ב'] מש"כ לתרץ דברי רש"י הללו. אך הוא בדרך רחוק קצת מן הפשוט. ובפשוטו נראה לענ"ד משום דקשיא ליה מאי פריך לר' אבהו. דילמא עד כאן לא קאמר ר' אבהו דאין דיניהן דין אלא כשלא נו"נ ביד, אבל היכא דנו"נ ביד דאלימי למילתייהו. דיניהן דין. וכדרך שפי' הרמב"ן במלחמות ד' אליבא דרב חסדא. לכן פירש"י דהקושיא קאי לרב חסדא. דאפי' בשלשה נמי כשנו"נ ביד הוא דמה שעשה עשוי כשטעו בשיקול הדעת. ושוב לא נותר עוד לאלומי גבי שנים:

ט **ויש** להתבונן בדעת רש"י אם הלכה כרב חסדא או כרב ששת דלא בעי נו"נ ביד. והנה מדברי רש"י שפירש במס' שבועות [דף ל"ח:] בד"ה דאשבע בה' אלהי השמים, וז"ל ולא התפיסו חפץ נעשה כטועה בדמ"ש וכו', והרי הוא כדמ"ש כדאמרי' בסנהדרין דטועה בדברי האמוראים חוזר, ולא אמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו, עכ"ל. נראה לכאורה דלא בעי נו"נ ביד כיון דבכהאי גוונא לא שייך נו"נ ביד כמבואר להדיא בבעל העיטור [אות פ"ה בדין פסק דין דף נ"ב.] דמקשה מזה על דברי הלכות דפוסק כר"ח דסתם סוגיא דהש"ס הנ"ל אזלא דלא כוותיה. אך יש להתבונן בזה שהרי משכחת לה בפשטא בנשבע ונוטל. דלאחר שהשביעו בלא נקיטת חפץ נשא ונתן ביד מן יד הלוה ליד המלוה, וכן בנשבע ונפטר והיה לו משכון. [ובגוונא דלא מיפטר מטעם הילך כמ"ש הר"י מיגאש ריש ב"מ] ונטלו הימנו ונתנו ללוה. כיון דלפי דעתו כבר נשבע כדין. וצריך לומר דלא מיקרי נו"נ ביד אלא בדבר שאין שום דבר אחר גורם להיזקו דאידך, רק הפסק דין. ומה שנשא ונתן ביד אח"כ, אבל הכא דבשעה שפסק שישבע בלא נקיטת חפץ עודנו לא ברי היזקו דדלמא לא ישבע. נמצא שגם מעשה דבעל דין גרם למאי שנשא ונתן ביד אחר זה. וכל כהאי גוונא אינו בכלל נו"נ ביד:

ולפ"ז מוכח מדברי בעל העיטור הנ"ל דין מחודש דהיכא דנתעלמו בדין בתנאי מהתנאים. דלפי דברי המלוה נתחייב לו אידך בלא תנאי, ולפ"ד הלוה לא נתחייב לו רק ע"י קיום תנאי דמלוה. ובשעה שעמדו בדין עודנו ביד המלוה באותו יום לקיים התנאי, ופסק הדיין שצריך לקיים התנאי היום, וכשעבר היום ולא קיים התנאי אזי נו"נ ביד את המשכון מיד המלוה וטעה בזה בשקה"ד, דלקושטא א"צ כלל לקיים התנאי, וכן להיפוך כמובן, או במוכר ולוקח כהאי גוונא דבכל הכך יצא מתורת נו"ב, כיון דהוא עצמו ג"כ גרמא לפסידא דידיה, שהרי בידו היה אז לקיים התנאי, דמאי איכפת ליה, [ואין לומר דנהי דמוכח כן לדעת בעה"ע עודנו יש מקום לומר דלדעת הרי"ף בהלכות גם זה מיקרי נו"ב, דלקמן (בסי' נ"א אות ד') הוכחנו דמוכח מדעת הלכות שתירץ קושיית בעה"ע מטעם אחר]. איברא עודנו יש לברר הדברים דא"כ גם לרב ששת פטור לדעת רש"י, דכל כמה דאיכא ספק בדבר גם לאחר פסק דין אזי לית ביה משום דינא דגרמי אפי' לר"מ, כמ"ש הרמב"ן במלחמות ה' לדעת רש"י. וא"כ עודנו קשה מש"כ רש"י ולא אמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו, דמשמע להדיא דבשקה"ד כהאי גוונא צריך לשלם. ונראה לפמש"כ לקמן [סי' נ"א אות י"א] ניחא, דנהי דיצא מכלל נו"ב, אבל מתורת גרמי לא יצא, דעד כאן לא אמרינן דבספיקא יצא מתורת גרמי אלא בדבר שהפסק דין היה לגריעותא דידיה כגון דאילו הוי קמן הוי הדר, דלא הוי ליה למהר כל כך להשליכו, וכן בטיהר את הטמא ועירבן עם פירותיו דע"י עירוב זה לא יסתעף ליה דבר למעליותא דידיה, וכן בחייב את הזכאי משום האי טעמא נמי דלא יצמח לו הטבה במהירת התשלומין, אבל הכא דפסק שגם בלא נקיטת חפץ יצא ידי שבועה ויטול, דמסתמא ישבע כדי ליטול. וראיה לזה משורף שטרותיו של חבירו דחייב בשטר מקוים, ולא אמרינן בזה דשמא לא יכפור לו, ולא נעשה היזק מיד רק בשעה שכפר לו, אלמא דדנין פני הדבר כפי מרוצת הטבעי, ועיין היטב בסמ"ע [סי' נ"ה ס"ק ה']. ולקושטא עודנו לא נתחייב לו אידך כל זמן שלא נשבע בנק"ח, והרי עודנו לא נשבע וגרם לאידך להפסידו ממון גמור דכיון דכל זמן שלא נשבע הרי הממון שלו. [ואין להקשות דא"כ משכחת לה במשביע עד א' שחייב קרבן שבועה, כגון בנשבע ונוטל, ומשביע עד א' המסייע לו דכיון דכל זמן שלא נשבע לו לא נתחייב לו, וע"י עדותו לבד יתחייב לו. ויש לומר דדוקא גבי דיין דכיון דלא ידע קושטא דמילתא, אזי נקטינן הדבר רק כאשר הדבר הוא לפנינו, ולכן כיון דלקושטא הרי עדיין לא נשבע, נמצא שהפסידו ממון גמור דע"י שעשאו כאילו כבר נשבע הוא שחייבוהו לשלם בעל כרחו, אבל גבי עד א' בנונ"ש יכול לומר הרי אני יודע דבקושטא נשבעת רק שאין רצונך לישבע גם לאמת, דמשום זה לא הפסדתיך], וא"ל בזה מסוגיית הש"ס שבועות [דף ל"ב] גבי ע"א כשכנגדו חשוד על השבועה דפטור העד מקרבן שבועה היכא דחשוד לוה, משום מי יימר דמשתבעת, דכל כמה שלא הפסידו בודאי לא מחייבינן בק"ש, ומש"ה מיפטר בתרווייהו, דבנשבע ונוטל כשמשביע עד א' המסייע לו פטור מפני

מפני

מפני שיכול לישבע רק מפני שאין רצונו לישבע, וכן בעד א' בשכנגדו חשוד על השבועה פטור משום אידך לא דמי יימר שתשבע גם על האמת, וכל כמה דאיכא לא ספק יהיה מאיזה טעם שיהיה, תו לא סליק לחייבו בקרבן שבועה, [ועיין מש"כ עוד בזה בהגהות והערות]:

סימן נ

בדיני שקול הדעת

עתה נבאר לפענ"ד בדעת רבותינו בעלי התוס' בסוגיא זו בדברים המוכרחים, כאשר חנני הבורא ית"ש:

א **בתוס'** בכורות [דף כ"ח:] בד"ה לימא וכו' שהניחו בתימה דלא דייק מרישא דקתני מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו וכו', דאי איפשר לאוקמא כשנו"נ ביד, דהא נשחט על פיו קתני. ולפום ריהטא יש לתמוה על תמיהתם, דהא לדעתם בכמה דוכתי דהיכא דלא ידע השליח שהוא דבר עבירה, אזי לכולי עלמא יש שליח לדבר עבירה אפי' לרב ששת דדמי לאמר דגניבה, עיין ב"ק [דף ע"ט] בד"ה נתנו, וקידושין [דף מ"ג:] ד"ה אמאי, וא"כ בפשטא יש לאוקמא דעשה לאחר שליח לשוחטו, והשליח לא ידע אם של אחרים הוא דאזי חייב המשלח שהרי הוא כאילו שחטו בעצמו. והראה לי שכן הביא מהרי"ט אלגאזי בשם קדמון א' בכתב יד, וכתב שם דצ"ל דתוס' בכורות סברי דאפי' בלא ידע אין שליח לד"ע יעוי"ש. וזה דחוק למאד לומר דשינו טעמם דהכא ממה שהוכיחו בראיות נשגבות להיפוך ממתניתין דנתנו לבכורות בנו. לכן נראה דיסוד מונח דמזיק חייב אפי' בשוגג בדבר שהוא במשקל דאבידה, כמ"ש תוס' בריש פ' המניח בד"ה ושמואל אמר, רק בדבר שהוא במשקל דגניבה שהוא קרוב לאונס הוא דפטור. ולכן כשהניח להם אביהם פרה שאולה וכסבורין שהיא של אביהם וטבחוה ואכלוה אינם משלמין רק מה שנהנו משום שהיתה ברשותם וחזקה כל מה שתחת ידו הוא שלו פטורים משום מזיק דקרובה לאונס. איברא בגנב וגזלן דאינו חייב אלא ע"י קנין להוציא מרשות בעלים, וכל כמה דלא נתכוין להוציא מרשות בעלים אי איפשר לחייבם אפי' בדבר שנקל להם לידע שהוא של בעלים וקרובה לפשיעה, מכל מקום כיון דלא נתכוין לקנות להוציא מרשות בעלים כלל תו אי איפשר לחייבם. ולפי"ז מסתבר דעד כאן לא כתבו דהיכא דלא ידע השליח שחייב המשלח, אלא במידי דאי איפשר לחייב את השליח, וזהו במידי דצריך שיתכוין לקנות, כגון גבי גנב וגבי מעילה דצריך שיתכוין לקנות, וכיון דלא ידע ולא נתכוין להוציא מרשות בעלים כלל דכסבור שהוא של המשלח שוב אי איפשר לחייב את השליח, ומש"ה חייב המשלח כיון דלא ידע השליח שהוא דבר עבירה, הרי שלוחו כמותו, אבל בדבר שהוא מזיק דאזי חייב אפי' בשוגג, אזי נוכל לחייב את השליח כיון דבקל יכול לשאול ויתוודע לו, כגון בשולח את הבעירה ביד פקח והסבור שהוא שלו, או היכא ששחט בהמת חבירו ברה"ר על פי המשלח וכסבור שהוא שלו פשיטא דמסתבר לחייב השליח, שהרי בקל יכול לשאול כדאיתא כהאי גוונא בפסחים [דף ע"ב:] באשתו נדה דחייב דהוי ליה לשיולי. [ולא דמי לכסבורים שהיא של אביהם דמסתמא הוא בחזקתם ולמי ישאלו], וכיון דיש לפנינו לחייב את השליח אזי פטור המשלח:

ולפי"ז קמה ונשגבה תמיהת התוס' הנ"ל, שהרי גם אפי' שלא ידע השליח שהוא בכור וכסבור גם כן שהוא של המשלח, מכל מקום לא נפקע חיובו דשליח שהוא מזיק דפחת שחיטה, וכל כמה דאיפשר לחייב את השליח לא מתחייב השולח. איברא אכתי יש לדון בזה כיון דאי איפשר לחייב את השליח אלא ההפסד של פחת שחיטה, אבל על מה שהפסידו לגמרי אי איפשר לחייבו, דהתם בהמה לאו לגבי מזבח קיימא כדאיתא ב"ק [דף ל"ח.]. [ומה שכתבו תוס' שם דבשל הקדש חייב, מסתבר דזהו בדידע שהוא של הקדש], ומשו"ה המשלח חייב על המותר. איברא לקושטא נראה דנהי דהתם שוורים לאו לגבי מזבח קיימי ופטור דזהו דוקא בצורם אזנו, דגבי חולין לא הזיקו מאומה, אבל הכא שגם בשל חולין הפסידו מיהת בפחת שחיטה תו מחייבינן ליה בכולא, דלא עדיף מהסוא דסוף פרק הכונס באמר לו הזהרו בו של כסף הוא והיה של זהב, דהיכא דהזיקו מחוייב בשל זהב משום דאומר ליה מאי הוי לך גבי' דאזיקתיה. ואין להקשות מדברי תוס' ב"ק [דף ע"ט] סוף ד"ה נתנו לבכורות בנו שהקשו היכי יליף מה מכירה ע"י אחר אף טביחה כו' דילמא דוקא כשסבור שהוא שלו כיון דליכא יתור, עכ"ל. דהא יש לחייב את השליח מטעם מזיק כמש"ל, חדא דהרי זה דומה להא דסבורין של אביהן כיון שהוא ברשות הגנב ואין לו למי לשאול שנעלמו הדברים שעשה בסתר. ועוד דודאי מטעם מזיק אין לחייבו רק בתשלומין אבל לא בארבעה וחמשה, והרי זה כאילו אינו בר חיובא. ובעיקר קו' תוס' יתבאר לקמן [סי' נ' אות י"ב] מה שנלענ"ד בזה [ועיין בהשמטות וביאורים]:

ב **בתוס'** ב"ק [דף ק'] ד"ה טיהר את הטמא, ועיי"ש היטב מסקנת דבריהם שם, דלר' מאיר חייב מדינא דגרמי אפי' בטעה בדבר משנה היכא דליתא קמן דתיהדר, וסוגי' דסנהדרין קאי אליבא דרבנן. ותמה הש"ך [בס"ק ה' אות ב'] על יסוד דבריהם, דא"כ אכתי מה קשיא ליה לרב המנונא דלימא ליה אילו הוה קמן הוי הדר, דילמא ר' טרפון ור' עקיבא תרווייהו כר' מאיר סבירא להו דפסקינן כוותיה. ולפענ"ד נראה ליישב דבריהם, דיש להבין במאי דאמר לו ר"ע מומחה לרבים אתה, דנהי דמומחה פטור על שגגת הוראה בשקה"ד דדמי לאנוס, אבל מכל מקום יתחייב על שנוה להאכילה לכלבים כדי לחזק הוראתו, דנהי דטריפה הוי לדעתו היה יכול למכור לנכרים, וא"כ הרי הזיקו בידים מיהא על שוה פרוטה וע"י זה יתחייב בכולו דדמי להזהרו של כסף הוא וא"כ נמצא של זהב, דהיכא דהזיקו בידים מחוייב לשלם בכולו [ב"ק סוף פרק הכונס], ונהי דמומחה דמי לאנוס, שהרי גם התם הוה כאנוס על של זהב, דמהיכא יעלה על דעת שהוא של זהב כיון שבעצמו אמר לו של כסף הוא, דהרי אפי' בשואל פטור על של זהב אפי' היכא דנאבדה בפשיעה כמבואר בש"ך [סי' ע"ב ס"ק מ' בהגה"ה], אבל כשהזיקו בידים הוא דחייב בכולו, וא"כ במומחה נמי כיון דסוף סוף הזיקו בידים בכל שהוא [וע"ב]:

וליישב זה צ"ל דעד כאן לא מחייבינן ליה התם בשל זהב אלא כשהזיקו בידים אבל לא ע"י גרמי, דנהי דחייב לשלם, אבל לא אלים תוקפיה דדיבורא כל כך דליהוי כמזיק בידים ממש. איברא לפלס סברת התוס' במסקנת דבריהם, דהיכא דברי היזיקא מיד, כגון בזיכה את החייב, מחוייב לשלם אפי' לרבנן, אבל בחייב את הזכאי ושילם לו וליתא קמן דתיהדר לכולי עלמא חייב, רק היכא שהזיקו בדבורו לבד בכהאי גוונא, אזי לר"מ דמחייב בגרמי כמו במזיק בידים הוא דמחייב, מידי דהוי כנשא ונתן ביד, אבל לרבנן דנהי דמחייבי בזיכה את החייב, אבל מכל מקום לא מחשבינן ליה כמזיק בידים, שהרי במזיק בידים חייב אפי' היכא דאיפשר דתיהדר כגון בחייב את הזכאי ונשא ונתן ביד וטעה בדמ"ש, ועל ידי דבורו לחוד פטרי רבנן בכהאי גוונא, [ומש"כ תוס' דגם לרבנן כל היכא דקם דינא כגון בזיכה את החייב וטימא את הטהור, שגם ע"י דבורו הוה כעביד מעשה. כוונתם לענין החיוב עצמו, אבל לא להשוות שני הנושאים יחד לכל דבר, שהרי כנראה בעליל שנתפרדו ולא נתלכדו יחד]. אבל לר"מ דמחייב אפי' על ידי דבורא לחוד בכה"ג. הרי בע"כ צ"ל לר"מ דדינא דגרמי דאורייי' והשיב ליה כמזיק בידים ממש:

ומעתה שפיר הוקשה לו לרב המנונא, כיון דר"ע פטרו משום מומחה בע"כ צ"ל דס"ל כרבנן ולא חשיב להו כמזיק בידים ממש, דאילו לר"מ גם במומחה יתחייב בכולו מטעם הנ"ל. דלדידיה הרי משוה ליה בהיזיקא שע"י דבורא כמזיקו בידים, והדר דינא כמו בהזהרו בו של כסף הוא, דהיכא שהזיקו בידים מחוייב בכולו, [ועיין מש"כ בזה באות ד']:

ג **ועיין** בתוס' ב"ב [דף כ"ב:] בד"ה זאת אומרת, ומסקנת דבריהם שם לדעת ריצב"א דגם בטיהר את הטמא ובעה"ב עירבן עם פירותיו חייב לר"מ מטעם קנס, דבכל דבר שמצוי קנסוהו רבנן, אבל בדבר שאינו מצוי לא קנסוהו עיי"ש, [והש"ך ריש סי' שפ"ו מסיק כן להלכה]. ולפי"ז ממילא נשמע דגם באילו הוי קמן הוה הדר, והשתא ליתא קמן דתיהדר חייב נמי לר"מ (מלד קנס), דהשתא בטיהר את הטמא דלא ליוהו לערב על פיו מחייב ר"מ, מכל שכן בדבר שליוהו ובע"ד עשה על פיו, אלא דאילו לא עשה כאשר פסק עליו הוי הדר הדין מכש"כ דחייב לר"מ, הרי שגם לר"מ לא חשיב לגמרי כמזיק בידים, שהרי בדבר שאינו מצוי גם לר"מ פטור. וא"כ לדעת ריצב"א הדרא קו' הש"ך הנ"ל לדוכתיה, דמנ"ל לרב המנונא להקשות דילמא ר"ע כר"מ ס"ל דמחייב בזה, ותירוץ הנ"ל לא שייך לדעת הריצב"א כמ"ש:

לכן נראה לפענ"ד דלדעת הרילב"ח נ"ל דס"ל כדעת הסמ"ע [ס"ק ח' ט'] דקבלוהו לא מהני במומחה היכא דטעה בדבר משנה, וכן הוא בכסף משנה [פרק ו' מהלכות סנהדרין הלכה א'] מפני דלא אסיק אדעתיה שיטעה בדמ"ש, ודינו כאילו לא קבלוהו, ובסמ"ע [בס"ק ט'] הוסיף עוד דהא דפסק הנמוקי יוסף דגבי הוראה באיסור והיתר דמומחה פטור אפי' היכא דלא קבלוהו, זהו דוקא היכא דטעה בשקה"ד, אבל בטעו בדמ"ש גם במומחה וקבלוהו חייב לדעת התוס' והרא"ש. ונראה דטעמיה כיון דעיקר טעמא דנמו"י משום דמחוייב להורות כשהגיע להוראה, ולהכי אפי' כשלא קבלוהו פטור דהרי מחוייב להורות והורה, דגם שטעה בשקה"ד, הוראה מיקרי [כמ"ש הש"ך בס"ק ל' אות ה' לחלק בין דמ"ש לשקה"ד היכא דהתנו ואמרו דיינת לנו ד"ת, דטעה בשקה"ד מיקרי ד"ת, וז"ל הש"ך שם כיון דלא טעה בדמ"ש הרי דן ד"ת], אבל היכא דטעה בדמ"ש דלעולם חוזר לא מיקרי הוראה כלל והוא מצווה רק להורות:

ולפי"ז קושיית רב המנוחה הכי אזדי בשלמא אם גם טעה בדמ"ש קם דינא, להכי פטריה ר"ע משום דמומחה לרבים, דנהי דקבלה דבע"ד הוי כאילו לא קבלוהו דלא אסיק אדעתיה דיטעה בזה, מכל מקום פטור משום מומחה לחוד, כמש"כ הנמו"י דכיון דמחוייב להורות והלה הוראתו אזי פטור בדין הוראה אפי' מומחה לחוד, דלסלקא דעתא דהשתא גם בטעה בדמ"ש דינו כטעה בשקה"ד, דכיון דמחוייב להורות והורה והלה הוראתו פטור, אלא אי אמרת דחוזר נמצא דלא חלה הוראתו אמאי פטור. אלא בע"כ נ"ל דעיקר הפטור הוא משום דאילו הוי קמן הוי הדר והרבנן. אבל מכל מקום לא גרע מגרמא דחייב מיהת לצאת ידי שמים וכנגד. לצאת י"ש שפיר פטרינן ליה משום מומחה הרי דבע"כ נ"ל דאתיא כרבנן, דלר' מאיר הי איפשר למפטריה משום מומחה לחוד. והשתא קשיא ליה לרב המנוחה דאמאי נקט טעמא דמומחה, דזה אינו אלא רק נגד לצאת י"ש, ושבקי ליה לעיקר פטוריה שמצד הדין, וע"ז מתרץ ליה רב ששת דלא נקט לן אלא פטורא שמצד הדין, וחדא ועוד קאמר ליה. ונמצא דפטורא דמומחה קאי על שקה"ד לחוד, וממילא נשמע שגם בדמ"ש פטור אפי' לצאת י"ש, כיון דבלא זה פטור מצד הדין כיון דאילו הוה קמן הוה הדר, וזהו אליבא דרבנן דלית להו דינא דגרמי כלל, ולפ"ז מוכח שפני הדברים שאידם הסמ"ע מוכרחים מדברי רילב"ח הנ"ל דאל"כ קשי' קושיית הש"ך לדעת הרילב"ח [ועמ"ש לקמן בסי' נ"ד אות ב']:

ד השׁ"ך [ס"ק ה' אות ב'] הקשה דהרי דבריהם סותרים בעלמם, עי' חולין [דף מ"ג:] בד"ה זיל, וז"ל אף על גב דטעה בדמ"ש הוא, דלא עבדינן כתרי חומרי דסתרי אהדדי בידים האכילו לכלבים עכ"ל. ונראה לתרץ דבריהם ע"פ מ"ש לעיל [באות ב'] לתרץ דבריהם מתמיהת הש"ך דהכתי מנא ליה לרב המנוחה להקשות דלמא ר"ע כר"מ ס"ל דמחייב אפי' בטעה בדמ"ש וליתא דתיהדר, וכתבנו שם דא"כ גם מומחה יתחייב, כיון דלר' מאיר היזיקא דע"י דבורא שוה כמזיק בידים, שהרי מחייב אפי' במקום דאילו הוה קמן הוה הדר א"כ כיון דמ"מ הרי הזיקו בדיבורו בפרוטה במה שלוה להשליכו לכלבים, ודמי כאילו הזיקו בידים בפרוטה, דמגלגלין עליו בכולו וכמ"ש לעיל. איברא הא ניחא אם נקטינן כלד האיבעיא דש"ס ב"ק [ס"ג] דעשו תקנת הנגזל בזה [אבל אם אמרינן דלא עשו תקנת נגזל בזה] הרי דאע"ג דבהיזיקא שע"י מעשה עשו תקנת נגזל, אבל לא בהיזיקא דע"י דבור לחוד, הרי דגם לר"מ דאית ליה דינא דגרמי אפ"ה לא אלים ליה דבורא לחוד כמעשה בפועל, א"כ הדרא קושיית הש"ך הנ"ל לדוכתי' דמנ"ל לרב המנוחה להקשות, ותירוץ הנ"ל אזדא ליה, אלא בע"כ נ"ל דאפי' לר"מ לא מחייבינן ליה במקום דאילו הוה קמן הוה הדר, וקושיית רב המנוחה על רב ששת קמה וגלבה בדלך ממה נפשך, אם אמרת דעשו תקנת נגזל לר"מ אפי' בהיזיקא שע"י דבור לחוד, משום דמשוי ליה לגמרי כמעשה ממש, הרי בע"כ נ"ל דר"ע לא ס"ל כר"מ דא"כ גם מומחה יתחייב, דמה בכך שהוא כאונס, דסוף סוף מה הוה לך להזיקני וכמש"ל. אלא ודאי דס"ל כרבנן וא"כ קשי' באינו מומחה אמאי חייב, דלרבנן פשיטא דפטור היכא דאילו הוה קמן הוה הדר, ואי ס"ל דלא עשו תקנת נגזל בהיזיקא דדיבורא לר"מ, א"כ קשיא בין לר"מ בין לרבנן דכיון דלא השוו מדותיהן אפי' לר"מ, גם לדידי' יפטור במקום דהוי הדר דינא ואפי' כשאינו מומחה, ומש"ה קשיא להו להתוס' בחולין דהתם חייבוהו ר' אבא לרבא לשלם מדינא, דהיאך מוציאין מספיקא, ודילמא נקטינן דלא עשו תקנת נגזל בזה, הרי דמחלקינן בין היזיקא שע"י דבור למזיק בפועל אפי' לר"מ, והיאך נוכל לחייבו במקום דאילו הוי קמן הוי הדר, משו"ה מתרצי דמיירי כשנו"נ ביד, ודעת לנבון נקל דזולת כל הנ"ל בלאו הכי מסתבר בעלמותו כן, דכיון דעיקר סברת תוס' בב"ק הוא, דלר"מ הוא משום דאין לחלק לדידי' בין דבור למעשה, והא תינח אם נקטינן דעשו תקנת נגזל בזה:

[**ועיין** ש"ך (סי' שפ"ו ס"ק א' בד"ה ועוד) שהקשה על רמב"ן דס"ל דדינא דגרמי דאורייתא א"כ אמאי מיבעיא ליה אם עשו תקנת נגזל בזה ובמזיק פשיטא ליה כיון דדבור כמעשה דמי, ולמש"כ ניחא. דהאיבעי' קאי על היסוד זה דחזינן בסנהדרין לאוקימתא דר"ש דגם בדיין דנין דינא דגרמי, ולדעת רמב"ן וסייעתיה אזדא הסוגיא אליבא דר"מ, דאפ"ה פטור במקום דאילו הוי קמן הוי הדר, והיכא דנו"נ ביד חייב אפי' בחייב את הזכאי, וטעה בדמ"ש וליתא דתיהדר, אלמא דמחלקינן בין נו"נ ביד שהוא מזיק ממש לבין דד"ג א"כ יש מקום לומר דגם בתקנת נגזל מחלקינן בינייהו] ואין להקשות לדבריהם בחולין א"כ טיהר את הטמא וחייב את הזכאי אמאי חייב לר"מ דבלא זה נמי קשיא. וכן לדעת רמב"ן ונמוקי יוסף קשיא כן כאשר יתבאר לקמן, ונ"ל כתירוצו דש"ך ע"פ המבואר בתומים דמיירי בלוקח ומוכר. אלא דאכתי קשיא מחייב אה"ז, ולקמן [בסי' נ"א אות י"א] יתבאר על נכון אי"ה בדרך הקרוב לפשוטו:

ה הרמב"ן במלחמות ה' הקשה לדעת התוס' דהיכא דקם דינא מחוייב לשלם אפי' לרבנן כגון בזיכה את החייב וטימא את הטהור כיון דהפסידו מיד ע"י דבורו, דאם כן במוכר שטר חוב ומחלו, דמבואר בגמרא דדוקא למאן דדאין דינא דגרמי מחייבינן ליה, והרי התם הפסידו מיד בדבורו. וזה כמה שאמרתי לדעת רבינו תם דהא דיכול למחול מפני דשיעבוד הגוף נשאר אצלו, דאינו יכול למוכרו ולנתקו מרשותו. וכשמוחל לו שיעבוד הגוף אזי ממילא נפקע שיעבוד נכסי, דכל תקפו הוא ע"י שיעבוד הגוף, ונמצא דמוכר בדידי' קא עביד מעשה, רק דנגרר ממילא שנפקע גם שיעבוד נכסי. אבל בזיכה אה"ח דמתחלה בדחברי' קא עביד מעשה, וכוונתי בזה לדעת האחרונים:

אולם עתה ראיתי שגם לטעם הרי"ף ורמב"ם ושאר פוסקים דטעמא דיכול למחול משום דמכירת שטרות הוא רק מדרבנן, ועיין גיטין [דף מ"א] לאוקימתא דעולא דשחררו רבו שני, דשורת הדין אין העבד חייב במלות כו' אלא מפני תקון העולם כופין רבו ראשון וכו' וקמיפלגי בהיזק שאינו ניכר, ועיי"ש בתוס' ד"ה בהיזק שאינו ניכר וכו' וז"ל אבל שחרור דרבו שני דלא הוי אלא מדרבנן חשיב היזק שאינו ניכר, ונ"ל דהאי היזק שא"כ חשיב ניכר טפי מההוא דפרק הניזקין דהתם קיימא לן דלא שמיה היזק, והכא קיימא לן כרשב"ג דמשנתנו דשמי' היזק עכ"ל, ביאור דבריהם אע"ג דגם בהנך דפרק הניזקין קיימא לן דבמזיד חייב מטעם שלא יהא כל אחד ואחד הולך וכו'. אלא דאי מטעם זה, היכא דאית ליה שותפות שהפסיד גם לעצמו, תו לא שייך טעם זה, כמ"ש התוס' ריש ב"ב [ב':] ד"ה וחייב [ועי' בתפארת ירושלים מס' כלאים אות כ"ג], והרי הכא הרי הפסיד רבו שני גם לנפשו את חובו שמגיע לו, ומשו"ה הוצרכו לחדש דשאני הכא דשמיה היזק דחשיב ניכר טפי מהנך, ונמצא דמחייבינן ליה מצד הדין:

והשתא ניחזי אנן גבי מוחל, להפוסקים דמכירות שטרות דרבנן, דהשתא לא הפסידו בדבר שהיה שלו מדאורייתא, ודמי לשחרור דרבו שני. דאע"ג דסוף סוף הפסיד לראשון שהרי כפינן לשחררו מכל מקום כיון דעיקרו אינו אלא מדרבנן, חשיב היזק שאינו ניכר לרבנן, הכא נמי מוחל. ואין לומר דשאני במכירת שטרות כיון דזכה מיהת מדרבנן, הוי כאילו היה שלו מדאורייתא. דזהו היכא דשייך לומר שזכה מטעם הפקר ב"ד. אבל גבי מכירת שטרות דלא שייך לומר כן, דהפקר ב"ד לא שייך אלא בדבר שילא מרשותו לגמרי, כמ"ש תוס' יבמות [פ"ט:] בד"ה שהפקר. אבל הכא דיכול למחול עדיין, הרי בע"כ נ"ל שלא זכה בו הלוקח אלא מתקנתא דרבנן לחוד, וכן מבואר בר"ן גיטין פרק האומר גבי צרור וזרקו, ע"ש. [ובזי"ר ח"א דף כ"ג ע"ד], ולא עוד אלא דגם לרשב"ג דחשיב ליה להיזק הניכר, דזהו דוקא התם דעביד מעשה, אבל בדבור לחוד מודה דלא חשיב כהיזק הניכר, ותו איפשר לחייבו במזיד כמו במטמא ומדמע. לא מיבעיא להפוסקים דפסקו כשמואל [גיטין נ"ג.] דקנסא מקנסא לא ילפינן. אלא גם להפוסקים החולקים [עי' ש"ך סי' שפ"ג ס"ק א'] דזהו דוקא היכא

דשוים

דשויס, אבל גבי מוחל דלא קנסו בהדי הנך רק דנילף ליה מאיך. מסתבר דכיון דיש לחלק בין היזיקא דע"י מעשה ממש, להיזיקא שע"י דבור לחוד דפטרינן ליה, וכמו דמחלקינן לרבנן בכל הנך דאילו הוו קמן הוי הדר, דע"י דבורו לחוד לא מחייבינן לי', ובנו"כ ביד מחייבינן לי' [וכמש"ל באות ב'] :

איברא לר' מאיר דלא מחלק בין היזיקא דע"י דבור לע"י מעשה, שפיר ילפינן ליה מהנך להפוסקים דקנסא מקנסא ילפינן. ולמאן דלא יליף נ"ל הטעם משום דאנן פסקינן כרשב"ג דחשיב ליה היזק הניכר, ועיין. איברא לרבנן נפלו הנך שני הטעמים בבירא, אבל בשימא את הטעור דהוא מהנך שקנסו בהדיא [במתניתין דגיטין (נ"ג:) ואחד מהן המטמא טהרותיו של חבירו], תו לא מחלקינן גם לרבנן בין דבור למעשה כמו בזיכה הה"ח, וכמ"ש בתוס' שם :

ו בתוס' בב"ק [דף ק'] ד"ה טיהר את הטמא, דנקטו דאי איפשר לייסב טיהר את הטמא בשום ענין אלא כשעירבן עם פירותיו וכו', ובבכורות שבא לייסב וישלם מביתו וכו' איירי כשעירבן עם פירות מועטין, ובסנהדרין שבא לייסב מה שעשה עשוי איירי כשעירבן עם פירות מרובין וכו' דתרווייהו ליכא לאוקמי בענין אחד. דפשיטא דבמקום מה שעשה עשוי שהוא טהור לא שייך ישלם מביתו עכ"ל, [ומה שמתרצים העולם את קושיית התוס' בשם הגאון רשכבה"ג מוה' העשיל זצ"ל דנפ"מ בשתי קדירות, עמ"ש בהגהות והערות דאין שום התחלה לזה ולא יצא הדבר מפי הגאון הנ"ל], ולכאורה נפלאת היא מה ראו התוס' לתלות הדברים ע"פ הסוגיות, הלא בלאו הכי אי איפשר לייסב מתניתין בענין אחר, כמו דמסקו התוס' עצמן בסוף דבריהם, ונראה דהתוס' כלחקו מאד בפירוש המשנה בהאי בבא דטיהר את הטמא, דעל כרחך אי איפשר לפרש מה שעשה עשוי כי אם כשעירבן עם פירותיו, ואם כן לא דמי לאינך בבי, דהא בכלהו הוי מה שעשה עשוי משום הוראתו של חכם, וכאן לא הוי רק משום תערובות, ולא הועילה כלל הוראתו של המורה [רק לפי תי' התוס' דבשוגג כי האי שעשה על פי חכם לא קניס ר' מאיר, הוא דהוי משום הוראתו, אבל לאינך תירוצים אין שום נפ"מ בהוראתו כלל], ועל זה קדמו להם התוס' ליסוד מוכרח דבע"כ צריך לפרש כן לפי אוקימתא דרב חסדא בסנהדרין, דלא אמרינן קם דינא כי אם כשנו"כ ביד, ובעל כרחך מיירי כשעירבן עם פירותיו מרובין, דאי לאו הכי לא מיקרי מעשה אשר על ידו יקום הדין ולא יהרס, וזה אי איפשר כי אם כשעירבן בפירות מרובין, ובסוגיא דבכורות דמיירי אליבא דרבנן דאינו חייב לשלם כי אם כשנו"כ ביד, על כרחו דמיירי כשעירבן עם פירות מועטין, דלענין תשלומין ודאי דחייב לשלם אפי' בפירות מועטין, דהא אפסדי' בידים, ואם כן לרב ששת נמי איכא לדחוקי ולאוקמי כן :

ז ולפום ריהטא היה נראה לייסב דברי התוס', דלולא ההכרח מסוגיות הנ"ל, היה איפשר לפרש המשנה ע"פ דברי הרמ"א ביו"ד [סי' רמ"ב סעיף ל"א] וז"ל שם חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר משיקול הדעת וכו' ואפי' אם התיר הראשון וכבר חלה הוראתו אין לשני לאסור מכח שקה"ד עכ"ל, ובטורי זהב שם [ס"ק י"ח] מפרש להא דחלה הוראתו להתיר, היינו כגון שנאכל ממנו קצת או שנתערב בין פירות דהיתירא, וזה ודאי דבר פשוט דיכול השני ליפא וליתן עם המתיר שיחזור בו, וכשחוזר בו ודאי דבטלה הוראתו, ועל דרך זה יש למצוא מסלול נכון לפירוש המשנה, דמיירי תרווייהו כשעירבן בפירות מועטין, והיכא דאינו רוצה לחזור בו הוי מה שעשה, כיון דכבר חלה הוראתו ע"י התערובות, וישלם מביתו מיירי כשחוזר בו והדר לאיסורו, ומחויב לשלם הואיל והפסידו ע"י התערובות [וכן מצאתי בקצוה"ח סי' כ"ה ס"ק ה'], אמנם לפי פירוש הסוגיא דסנהדרין שם אי איפשר לאוקמי בהכי, דהא לרב חסדא כל עיקר קיומו ומלבו של הדין אינו אלא רק משום דנו"כ ביד, והשלים המעשה עד תכליתו באופן דאי איפשר למיהדר דינא [והכא כיון דאיפשר למיהדר דינא אם יחזור הוא בעצמו, גם דיין אחר מחזיר דבריו], ובע"כ צ"ל בטיהר את הטמא דמה שעשה עשוי דמיירי כשעירבן עם פירות מרובין, דתו לא מלי למיהדר דינא, ובע"כ מוכרחים לחלק דלא מיירי באחד גוונא הך דינא דמה שעשה עשוי עם האי דישלם מביתו. איברא לאחר העיון ליתא, דהא האי דינא דרמ"א בע"כ דלא איירי רק במומחה וגמיר וסביר ואז שפיר מיקרי חל הוראתו. אבל הך דמתני' מיירי בגמיר לחוד [וכמ"ש תוס' סנהד' דף ה' ד"ה ואי], ותו אי איפשר לומר דחלה הוראתו, וא"כ הדר נפל האי תירוצא בבירא :

ח הר"ן ריש פרק קמא דע"ז מביא דברי הראב"ד דכיון דאסרה ראשון שווי' חתיכה דאיסורא ושוב אין לה היתר, דאפי' התירה שני אינה מותרת, ואפי' היה גדול בחכמה ובמנין היכא דלא היו שניהם בבת אחת, אלא שהאחד אסר בפני עצמו, אין חבירו רשאי להתיר דאפי' התיר אינו מותר ולזה הסכים הרשב"א וכן כתב הרמב"ן, ועל זה מקשה הר"ן שם וז"ל וקשה לי דבפרק אחד דיני ממונות משמע שחכם שטעה בדברי' של שקול הדעת מחזירין אותו וכו' ושני רב חסדא במסקנא דסוגיא דהתם כאן שנו"כ ביד כו' תרווייהו מיירי בשקול הדעת כו' ופריסנא התם טימא את הטהור דאגע בהו שרץ, דאלמא אי לא אגע בהו שרץ מחזירין כו' וכמ"ש הראב"ד א"כ רב חסדא לא היה צריך לאוקמא טימא את הטהור בדאגע בהו שרץ, דבלאו הכי נמי מה שעשה עשוי ולא קשיא מתניתין עכ"ל עיי"ש. והנה לכאורה נפלאים דברי הר"ן ע"פ מש"כ [באות שלפני זה] דמתניתין ע"כ לא מיירי כ"א בגמיר לחוד, ודינא דהראב"ד מיירי במומחה דוקא, דיש בו אילא לשווי' חתיכה דאיסורא :

איברא אחר העיון יש לפרש דברי הר"ן במישרים ונקט קושייתו בדיוק ועיון נמרץ, דלפי דברי הראב"ד ורמב"ן הנ"ל לא ישווה סיפא לרישא אליבא דרב חסדא, דקתני בסיפא ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם, והיינו בהצטרף כל הני יחד, דהיינו מומחה וקבלו עלי' אזי פטור [ובעל כרחו לומר דמיירי בקבלו עליהם, כמ"ש רמב"ן סנהדרין דהאי דר' טרפון מיירי נמי בדקבלו עליה, ואי לאו הכי לא קם דינא, ודלא כמ"ש הנמוקי יוסף שם עיי"ש], ובעיקר הטעם דפטור אע"ג דגם באונס נפשות חייב כשנו"כ ביד, הוא כמ"ש לעיל [בסי' מ"ט אות ו'], דדמי להא דאיתא ב"ק [דף קי"ז:] גבי ההוא דאפקידו גבי' כסא דכספא כו' אמר רב אשי חזינן כו' ואי לא אדעתא דכספא הוא ועיי"ש, כפירוש הפוסקים הואיל ונתגלגל האונס עליו ע"י המפקיד עצמו. והכא נמי דכוותי' [ולפ"ז מעלמו מוכרע לפי שיטת הרמב"ן והרי"ף גם בהוראת איסור והיתר נמי אין לפוטרו בדלא קבלוהו, דהיכא דנו"כ ביד ליכא למיפטרי' מטעם אונס, דאפי' אונס נפשות לא פטרו היכא דנו"כ ביד], ואם כדבריהם דבאיסור והיתר קם דינא מיד ואי איפשר למיהדר, אם כן למה לי טעמא דקבלוהו לפוטרו הא בלאו הכי נמי אי איפשר לחייבו, דהא בדיבורא לחוד לא מחייבינן [דהא מומחה הוא] ובמה שנגע בו שרץ אחר כך לא הפסידו כלום, דהא קם דינא ואי איפשר למיהדר. וזהו כעין קושיית תוס' ב"ק [דף ק'] ד"ה טיהר את הטמא, ואם כן אין פירוש המשנה עולה במשקל אחד, ומרחק רב הוא לגבי מומחה בין דיני ממונות לדיני איסור והיתר, דלענין קיום הדין בדיני או"ה פשיטא דליכא לפלוגי בין קבלוהו ללא קבלוהו, כיון דמומחה הוא ניתן לו להורות באו"ה גם מדאורייתא ביחידי [והא דמוקמינן בריש סנהד' דמתני' דבכורות מיירי בקבלוהו, זהו משום זיכה את החייב וחייב את הזכאי], והשתא כיון דלדעת ראב"ד ורמב"ן שגם לרב חסדא דס"ל דאפי' בשקה"ד לא קם דינא רק כשנו"כ ביד, זהו רק בדיני ממונות. אבל בטימא את הטהור קם דינא משום דשווי' חתיכה דאיסורא, רק דפטור מלשלם זולת בנו"כ ביד, אם כן לא דמי פטורא דמומחה בהדי הדדי, שהרי בדיני ממונות אי איפשר למיפטרי' רק כשקבלוהו משום שנתגלגל לו האונס על ידי בעלי הדינים, ובטימא את הטהור מיפטר אפי' בדלא קבלוהו, דכיון דקם דינא, מיד כשהורה תו לא הפסיד לו כלום במאי שנו"כ ביד אחר כך :

ט שם בתוס' ב"ק הנ"ל במאי שהקשו דבטיהר אה"ט אמאי חייב חכם לר' מאיר במה שעירבן עם פירותיו, הא אילו הוי קמן הוה הדר, ולמסקנא דמוקי לה כרבנן בנו"כ ביד אמאי חייב בטימא אה"ט במאי דנגע ביה שרץ, הא בלאו הכי קם דינא, ויש להתעורר בדבריהם, דהנה הטור [סי' כ"ה סעיף ו'], והש"ך [ס"ק כ"ט אות ב' ג' ד'] נחלקו בחייב את הזכאי, דהטור סבירא ליה דקם דינא מיד בדיבורא לחוד, והש"ך ס"ל דלא קם דינא עד שנעשה מעשה, א"כ דברי תוס' אלו תמוהים בממנ"פ דאי ס"ל בחייב את הזכאי כשיטת הש"ך דלא קם דינא בדיבורא לחוד, אמאי לא הקשו בריש דבריהם אליבא דר"מ, אמאי חייב בחייב אה"ז במאי שנתן לו הבע"ד בעצמו, כיון דבדיבורא לחוד לא נתקיים הדין ואילו הוי קמן הוה הדר, ומדוע הקשו רק מטיהר אה"ט לחוד, ואי ס"ל כשיטת הטור בזה, דבחייב את הזכאי קם דינא בדיבורא לחוד, אמאי לא הקשו מזה בקושייהם הב' למסקנא דמוקי לה כשנו"כ ביד, אמאי חייב בחייב את הזכאי וזיכה את החייב, במאי שהוציא ממנו אחר כך ונו"כ ביד, הא בלאו הכי

הכי קם דינא, אם כן לא יתיישב כולה מתניתין רק בבא דטיהר את הטמאה, דהא גם בזיכה אה"ח כשהיה לו משכון קם דינא מיד כשפסק להחזיר את המשכון ללוה לשיטת הטור, ואמאי חייב במה שהוליא אח"כ את המשכון מיד המלוה, הא בלאו הכי קם דינא, ואין לומר דהתוס' לא הקשו רק בדבר המוכרח, משא"כ בהך בבא דחייב את הזכאי, דאין הקושיא מוכרח לכל הפוסקים, דהא בסלקא דעתא אליבא דר' מאיר, איפשר לדחות ע"פ שיטת הטור, ובמסקנא אליבא דרבנן כשיטת הש"ך, זה אינו דהא עיקר הקושי' תסוב על סוגית הש"ס בממג"פ דאיך שייה קשה על חדא מינייהו, אי לסלקא דעתא דגם לר"מ פטור היכא דהוי הדר באיתא בעינא, א"כ קשי' לגמרא מטיהר אה"ע וחייב אה"ז לדעת הש"ך, דגם בכדי לתת מקום לסוגיא דסנהד' לרב המנונא דק"ל שם, וחזרו והקשו מטימא את הטהור, למסקנא דמיירי בנו"כ ביד, טפי הו"ל להקשות, דהרי כולה מתניתין מוקשה, דמאי הוסיף בשגגה ונתן ביד, כיון דגם מעיקרא כבר הופסד על ידי טעותו:

ונראה לענ"ד בזה בהקדם דברי התוס' ב"ק [דף י"ז:] בד"ה זרק שחילקו בין זורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו דפטור [משום דקא עביד מעשה בכלי עצמה] לזורק חץ על הכלי ובא אחר ושברו דחייב, משום דהראשון לא עביד בגוף הכלי עיי"ש, ולפ"ז אתי שפיר דברי התוס' אלו דנקטו עיקר תמיהתם רק מטיהר את הטמא לר' מאיר, ומטימא את הטהור לרבנן, ומחייב את הזכאי לא הקשו מידי, משום דאיפשר לדחות כשיטת הטור, דבדיבורא לחוד קם דינא, ומשום הכי חייב לר"מ, ולהכי לא הקשו לסלקא דעתא רק מטיהר את הטמא, וגם בקושייתם הב' למסקנא אליבא דרבנן לא מלו לאקשויי מחייב את הזכאי וזיכה את החייב, כיון דקם דינא אמאי חייב במאי שנו"כ ביד, דהא בהוראתו לחוד דומה ממש לזורק חץ, שאיננו עושה המעשה בגוף הדבר דהא המעות עדיין תחת יד הלוה, רק שגרם על ידי הוראתו שיתחייב לשלם לו שלא כדין, והוה ממש כעין חץ שאין הניזק מיד, ואילו היה בא אחר וגמר הסיזק מחייבינן לשני, וכיון שכן גם אם הוא עצמו משלים הסיזק, עיקר חיובא דידי' על גמר המעשה, כל זה נקטו בקושייתם בכדי להקטין הקושי', אכן לקושטא סבירא להו כשיטת הש"ך דבחייב את הזכאי לא אמרי' קם דינא בהוראתו לחוד [כמו שסיימו בדבריהם, והא דבעו לאוכוחי הכא דר"מ דאין דינא דגרמי וכו' ומחייב את הזכאי, דחייב הכא אמאי דשילם הזכאי אח"כ עכ"ל], וכן כתבתי מזה בתפארת ירושלים מס' בכורות [אות י"ד] בקילור:

י נראה לבאר לפום מסקנת תוס' ב"ק דהיכא דהוי היזיקא חייב אפי' לרבנן בהיזיקא דע"י דיבורא לבד, ומשו"ה בזיכה אה"ח וטעה בשקה"ד, דלרב ששת דס"ל קם דינא חייב לשלם אפי' לרבנן דלית להו דינא דגרמי, ולא פליגי בזה ר"מ ורבנן אלא בטעה בדבר משנה והיכא דאילו הוי קמן הוה הדר. ולפי"ז היכא דאחווי ללסטים והעמידם עליהם דגם כן הוי היזיקא [דדמי כאילו מיקלא קלייה כמבואר שם (דף קי"ז) דהיכא דאנסוהו להעמידם על מטמון של חבירו ואח"כ נו"כ ביד דפטור יעוי"ש], יתחייב ג"כ אפי' לרבנן לדעת תוס' הנ"ל, ושם [דף ס"ב] מבואר להיפוך דלרבנן לעולם פטור, דמיבעיא ליה אם עשו תקנת נגזל וכו' למאן דלא דאין דינא דגרמי לא תיבעי לך וכו', הרי להדיא דלא משכחת ליה שיתחייב לרבנן בהיזיקא שע"י דיבורא לחוד אפי' היכא דהוי היזיקא. ונראה דכוונתם הוא דדוקא היכא שהפסיד לחבירו בדיבורא דאלים ותקיף כל כך דאי איפשר שיתבטל כלל עפ"י הד"ת, כיון דבשעה שילא הדבור מפי החכם הרי תו אי איפשר שיתבטל לעולם מה שאין כן התם, ועיין. איברא קושיית רמב"ן ממוכר שטר חוב וחזר ומחל דדמי לשקה"ד, דהתם נמי מהני מחילתו עפ"י ד"ת וא"א שיתבטל, [ועמ"ש לעיל אות ה' לתרץ קושי' הרמב"ן]:

יא ע"ש בתוס' ב"ק וז"ל והא דמפרש התם וכו' טימא אה"ט דנגע בהו שרץ, זיכה אה"ח שהיה לו משכון ונטלו הימנו, אגב אחרינא מפרש להו, עכ"ל. ותמוה לכאורה דהא כל הקושיא מעיקרא [בש"ס בכורות כ"ח] רק מזיכה אה"ח דלא משכחת לה נשא ונתן ביד, ולדבריהם לא קשה מידי, דלא צריך כלל לזה, דבלא זה ג"כ חייבים. גם יש לדקדק דהיאך יהיה הטפל מרובה מן העיקר, דהתם בבכורות מפרש הני תלתא זיכה אה"ח, טימא אה"ט, וטיהר אה"ט, ומפרש ליה לשנים דלא צריך כלל רק משום חד דצריך. ונראה דכוונתם דהני דלא צריך לפום פשטא דשקלא וטריא, דרב ששת לא ס"ל כשינויא דר"י ור"כ. ויש לומר שחולק גם בעיקר הדין, וס"ל דאפי' ביש גדול הימנו אינו מחזיר, מכל מקום אין לספלוא על שינויא דגמרא דמתרץ ליה גם אליבא דידהו, [וע' בנמוקי יוסף ובעל העיטור דסברי דרב ששת לא פליג על רב יוסף ורב נחמן] ומיירי אפי' ביש גדול הימנו, והשתא אילו הוי קמן הוי הדר, וע"י שנו"כ ביד חייב. [גם יש לומר בטימא אה"ט דאפי' בדליכא גדול הימנו והדר החכם ונגע בו שרץ דחייב לשלם, כיון דלר"י ור"כ היכא דאיכא גדול הימנו מחזיר, ובדליכא גדול הימנו היינו טעמא דקם דינא, משום דבע"ד יכול לומר דלא מהימן לי שטעה, והשתא דנגע בו שרץ ושימא בידים הרי יכול לומר דהודאת בעל דין לגבי עצמו שטעה מעיקרא כעדים דמי ונמלא דאח"כ הפסידו בידים:

ומ"ש התוס' דאגב אחרינא מפרש להו איפשר לומר דכוונתם בזה דמשניהם אלו מוכח לאורויי לן עד היכן הגיע כחו של נו"כ ביד, וזהו דלכאורה נראה בפשטא דלריך שישא ויתן בכל הממון. ולענ"ד הוכחתי ממאי דמוקמינן בהיה לו משכון ונטלו הימנו דחייב לשלם כל החוב, ואמאי הרי לא עשה מעשה רק בהחזרת המשכון, אבל בעיקר המלוה לא נעשה בפועל כלום ומשלם לו רק היתרון שבין מלוה שיש לו משכון עליו לאין לו, אלא ודאי כיון דעשה מעשה במקלת קם דינא בכולו, וגם לריך לשלם כולו אפי' לרבנן [ואפי' לדעת החולקים על תוס' והסר"י וסברי דרבנן פטרי אפי' היכא דקם דינא], ומטעם שכתבתי לעיל [אות ב'] דדמי לכסא דכספא כו' מה הוי לך גבי' דאזקתי', אחר זה מלאתי בקלה"ח [ס"ק פ'] שעמד ג"כ במבוכה זו, והוכיח ג"כ דאפי' על מקלת קם דינא בכולו, מדברי רפ"י שפי' דאגע בהו שרץ שאפילו על הפירות, ואי איפשר שיגע בכולן, וכן מפשטות הגמרא הוכיח דאי לא תימא הכי לא שייך מה שעשה עשוי עי"ש. ולפ"ז יש ללדד ולומר דמה שכתבו התוס' אגב אחרינא מפרש להו, דבא להורות לן דגם באחרינא די לן כשנשא ונתן ביד במקלתו, הן לענין קיום הדין וכן לענין תשלומין:

ודע דבקלה"ח כל עיקר דבריו בזה רק לענין קיום הדין, ולדעתי מסתבר ג"כ לענין תשלומין בכולו ועיין:

ע"ש בתוס' בסוף הדבור ועוד י"ל דסוגיא דהכא ובכורות דלא כר"ש וכו' אלא דס"ד דגמרא דנו"כ בע"ד וכו'. לכאורה יש לדקדק דא"כ מה נפקותא למה דסלקא דעתא בין רב חסדא לרב ששת, שהרי גם לרב ששת לא אמרינן דקם דינא בחייב את הזכאי עד שלא שילם הנתבע כמ"ש לעיל, וי"ל דנפקא מינה טובא, חדא כשתפס התובע דלר"ש כבר קם דינא, אבל לר"ח דבעינן נו"כ ביד כדי לקיים ולחזק הדין, אזי גם לסלקא דעתא לא נתחזק הדין בזה רק אם קיים הנתבע בעצמו ושילם לו, אבל לא ע"י תפיסה דתובע, אבל לר"ש הטעם משום דהכתי לא נוכל להוליא מן הנתבע היכא דטעה בשקה"ד, אבל כשתפס התובע פשיטא דמהני, גם יש נפקותא בזיכה את החייב, ובזה כיוון תלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה לבי מיכל נ"י. איברא למאי דסבירא ליה לרב חסדא מעיקרא דזיכה אה"ח דינו כנשא ונתן ביד ליתא לנפקותא זו:

יב ויש לחפש ולתור לדעת בעלי התוספות אם פסקינן כר"ח דגם בשקה"ד לא אמרינן קם דינא עד שנו"כ ביד או כרב ששת, אבל כר"כ ורב יוסף פש"ל דלא פסקינן כוותייהו שאפי' ביש גדול הימנו אין מחזירין, שהרי למסקנת דבריהם בב"ק דהיכא דקם דינא בדיבורא בעלמא אזי חייב לשלם אפי' לרבנן דלית להו דינא דגרמי, והא תינח היכא דאלים דיבורא כל כך דאי איפשר עוד שיתבטל עפ"י דת, ואפי' אי אתא אליהו ובית דינו וכמש"ל [באות י']. גם בזה פש"ל דלדעתם בב"ק אפי' אם פסקינן כר"ח דבעינן נו"כ ביד זהו לענין קיום הדין, אבל לענין תשלומין אזי לדעתם בב"ק אפי' לא נו"כ ביד מחוייב לשלם היכא דליתא קמן דליהדר. איברא למאי שכתבתי לעיל [אות ד'] לא נוכל לחייבו, דתליא מילתא באיבעיא דעשו תקנת נגזל וכו' רק על ידו הוא דמהני לדעתם:

והנה לכאורה נראה דתליא מלתא דא אם פסקינן כר"ח בשני התירוצים בב"ק, דלתירוץ הראשון קאי סוגיית הש"ס ב"ק הן לסלקא דעתא והן למסקנא אליבא דר"ש, וכן בריש סנהדרין [דף ג'] בד"ה אלא מעתה כתבו שם דסוגיא אזלא אליבא דר"ש ומשמע דפסקי' כוותיה, אבל לתירוצם השני קאי סוגיית הש"ס ב"ק אליבא דר"ח גם לסלקא דעתא, ותו אין להכריע להלכה מסוגיא דריש סנהדרין, שהרי מסוגיא דב"ק משמע להיפוך. איברא בפרק קמא דע"ז [דף ז'.] בד"ה הנשאל כו' מבואר להדיא דסבירא להו להלכה כר"ח, וז"ל שם אבל ודאי החכם יזהר שלא יתיר כדאמרינן בפרק כל היד [דף כ'] חכם שאסר

שאסר אין חבירו רשאי להתיר אלא אם כן יוכל להחזירו כגון שטעה בדבר משנה או אפי' בשקה"ד, וסוגיא דעלמא כאידך, דבהא אמרינן בפ"ק דסנהדרין [דף ו'] דמה שעשה עשוי וישלם מביתו אם נו"נ ביד, עכ"ל. והנראה מביאור דבריהם דאזלי אליבא דר"ח דהיכא דלא נו"נ ביד יוכל להחזירו, ומשכחת לה שפיר דיוכל המורה השני להתיר, דמסתמא לא נו"נ הדיין ביד, משא"כ אליבא דר"ש דקם דינא מיד היאך יוכל השני להתיר, ואי משום דעל ידו יתחייב הדיין לשלם יאמר לבע"ד שילך עם הדיין לפני ב"ד ויתבענו לדין, אבל לא להתיר כדי שלא יבא לידי מכשול :

סימן נא

בדיני שיקול הדעת

יתבארו דברי רבינו אלפס בכל קוץ וקוץ בדברים נכונים למעיינים בעזה"י, ואגבן יתבארו גם כן לתלמידים החפצים להבין לאשורם, ונתחיל לפי סדריו הקדושים ועומדים ברומו של עולם :

א **ראשית** דבריו הקדושים בפירוש דברי רב יוסף ורב נחמן, שכל רבותינו משתוממים מדוע נדה מפירוש רש"י הנראין מפשטא דסוגיא. ונראה דלשיטתו שפירש לקמן באוקימתא דר"ח דסיפא דקתני ואם היה מומחה פטור לשלם, והדר דינא משום פסידא דבע"ד, הרי דסיפא לא קאי ארישא והיאך קפיא ליה לר"נ על ר"י מסיפא, ולא ניחא ליה במאי דמוכרחים לומר לקמן אליבא דר"ח דפסקינן כוותיה, ומשום האי טעמא מוכרח להפך פירושו כמובן וזה פשוט :

גם יש לצדד דגם למסקנא בתירוצו דר"נ דמחלק בין יש גדול הימנו, דלפירוש רש"י טעמא דמילתא משום דגדול ממנו מחזיר הדין, ובאין גדול משום דלאו כל כמיניה, דפירושו דאינו מאמין לו בזה שטעה, וסוגיא דעלמא אזלא להיפוך, דלדעת הרבינו אלפסי אי איפשר לומר כן כמו שיתבאר; דהנה היכא דפסקינן דברי ושמא ברי עדיף, פשיטא דדוקא בברי דבע"ד עצמו, אבל לא ע"י ברי של אחר כדאיתא להדיא גבי זה אחי [ב"ב דף קל"ה:], אבל היכא דמגיע לו מן התובע הזה ממה שהלוה לו ואין לו מקום לגבות הימנו רק ממון זה, אזי מסתברא דמהני הברי שלו כמו הברי של הבע"ד בעצמו, כיון שהוא מסתבך בעיקר התביעה של זה. וראיה לזה שגם בתקנת נגזל שהוא רק מתקנתא דרבנן, פשיטא להו בש"ס שבועות [דף מ"ו] דגם השומר נשבע אע"ג דבעה"ב לא ידע מאומה, רק בשכירו ולקיטו דלא מסר לו שמירת הבית כמו שפירש רש"י שם, הוא דמיבעיא ליה שם, מזה נשמע דמכל שכן במקום דברי ושמא הוא מצד עיקר הדין דמהני הברי של אחר שנסתבך באותו הממון, ועיין בנמו"י ובעל העיטור שפירשו על פי גירסת רש"י ופירושו, דרב נחמן לא פליג על רב יוסף, מדלא קאמר אלא, רק דפירושא הוא דמפרש לדרב יוסף דקאמר כאן במומחה וכאן באינו מומחה דקאי על האחר שהותר הפסק דראשון, אם הוא מומחה שגדול מן הראשון חוזר הדין, ובאין גדול הימנו הדין קיים שהוא בעצמו אין יכול לסתור הדין ולהוציא ממי שכבר זכה עפ"י דינו, מפני שאינו מאמינו דכיון שהגיד וכו' וכפירוש רש"י הנ"ל. ונמצא לפי"ז דגם רישא דמתני' דבכורות דקתני מה שעשה עשוי וישלם מביתו מיירי גם כן באין גדול הימנו באותו מקום להחזיר ולסתור הדין. ומעתה לפום המבואר לן ברמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין [פרק ב' הל' ו'] דברי ושמא וחזקת מרא קמא לבעל הברי אזי ברי עדיף, וז"ל ראובן אומר במאה אמרתי לך והסרסור אומר בחמשים וכו' ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים עכ"ל. ועיין בש"ך [סי' קפ"ב ס"ק ד'] דגם בממון שייך חזקת מרא קמא ואמרינן גביה דבו"ש ברי עדיף, ומעתה בחייב את הזכאי ושילם על פיו אמאי פסקינן דמה שעשה עשוי וישלם מביתו משום דלא מהימן ליה, הרי הוא טוען ברי ויש להלוה חזקת מרא קמא, הגם דבע"ד בעצמו אינו טוען ברי, דכיון דיצטרך לשלם הרי הוא כבע"ד עצמו, ומסתמא קבל הרמב"ם זה הדין מרבותיו הר"י מיגאש והרי"ף, ואפי' לדעת הרז"ה והרא"ש דפירשו בדברי רב נחמן, דרישא דמתני' בבכורות מיירי אפי' ביש גדול הימנו משום דהיכא דיש עליו מקום לחייבו בתשלומין, אמרינן מה שעשה עשוי אפי' ביש גדול הימנו [ובטעמו פליגי הרז"ה והרא"ש כאשר יתבאר לקמן] רק בסיפא דמיירי במקום דלא נוכל לחייבו עפ"י דין, הוא דמחלקינן בין יש גדול הימנו, מכל מקום יקשה דקתני בפשיטות להדיא דמה שעשה עשוי, כיון דמכל מקום על ידו נעשה ההפסד ולא גרע ברי דידיה משכירו ולקיטו דמיבעי' שם וקאי בתיקו, ומשום האי טעמא הוכרח להפך פירושו לגמרי בזה כמבואר :

ב **שם** בהלכות וקיימא לן כרב חסדא, חדא דהכי מסקנא דשמעתא ועוד דהא אוקימנא להא מתניתא בדוכתא אחריתי בבכורות כשנו"נ ביד כדאוקמ' ר"ח הכא עכ"ל. ואע"ג דהתם משום דבעי לאוקמי כרבנן דלית להו דינא דגרמי, הוא דמוקמינן ליה כשנו"נ ביד [כאשר הקשה בעל המאור], מכל מקום ממילא מוכח דסוגיא אזלא כר"ח, דאי איפשר לומר דסלקא דעתא דהתם והמסקנא קאי אליבא דר"ש דקם דינא בדיבורא לחוד, ואפ"ה פטור לשלם כדסברי בתוס' מעיקרא, וכן ברמב"ן במלחמות ד', דלרבנן דלית להו דינא דגרמי אזי פטור אפי' היכא דקם דינא, וא"כ קשיא קושיית התוס' במס' ב"ק [דף ק'] בטימא אה"ע אמאי חייב לרבנן על מה דאגע בהו שרץ אחר כך, כיון דבלא זה גם כן קם דינא. לכן סבירא ליה כתירוץ השני בתוס' שם דאתיא אליבא דר"ח, אלא דסלקא דעתא דדי כשנו"נ על ידי בע"ד, ואתיא כר' מאיר, ומסקינן דאפי' לרבנן ניחא דבעינן ע"י ב"ד דוקא :

ג **שם** וז"ל וקיימא לן נמי כר"ש דאמר טעה בדבר משנה חוזר, ועוד חזר וכפל ושלש בזה דמשמע מפשטות לשונו דדינא דר"ח דבעינן נו"נ ביד מקושר במאי דפסקינן דבדבר משנה לעולם חוזר, ואינו מובן לפום ריהטא דאיזה שייכות יש להם. ונראה בכוונת דברי קדשו דאי לא תימא הכי תו אי איפשר לקיים פירושו בדברי ר"ח דעיקרו הוא משום פסידא דבע"ד, ומשו"ה כשלא נו"נ ביד וכן במומחה וקבלוהו אפי' כשנו"נ ביד, הדר דינא משום פסידא דבע"ד, דאם כן היאך נפרנס משנתנו בסנהדרין דקתני מה בין דיני ממונות לדיני נפשות, דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחוב, וד"נ מחזירין לזכות ואין מחזירין לחוב, ובש"ס ילפינן לה מקרא דכתיב ונקי וצדיק אל תהרוג, והרי בלא זה מילתא דפשיטא הוא דלא גרע מדיני ממונות דהיכא דאיכא פסידא לעולם מחזירין, וממילא נשמע דבד"נ מחזירין לזכות משום פסידא, ואין מחזירין לחוב משום דליכא פסידא, אלא היינו טעמא דקתני לה וצריכא ללמוד מקרא, היינו משום דבר משנה דלעולם חוזר אפי' היכא דליכא פסידא, ואפ"ה בד"נ אין מחזירין לחוב אלא בדבר שגם הצדוקים מודים בו [כמ"ש בש"ס סנהדרין דף ל"ג: וברש"י שם] :

ד **וז"ל** אלא מיהא אע"ג דקיי"ל דטעה בדמ"ש חוזר, פירוקי דהני מתניתי לאו כדפריק ר"ש וכו' דמשמע קצת מרהיטת לישנא דרב אלפס דיש מקום לטעות להיפוך, דיש במאי דפסקינן דטעה בדמ"ש חוזר, קצת סתירה לדברי ר"ח וסיוע לדברי ר"ש, דהכי דר"ש ס"ל והוא דחידש לתרווייהו, דבדמ"ש חוזר, ובשקה"ד קם דינא בדיבורא לחוד, אפס לא יתלכדו יחד, דחדא לא שייכא בחבריה. ונראה לענ"ד בעולם כוונתו, דלעיל מזה האריך בראיות דטעה בדמ"ש חוזר, מהא דאיתא בשבועות האי דיינא דאשבע בלא נקיטת חפץ נעשה כטועה בדמ"ש וחוזר, וכן הא דאמימר ב"ד שמכרו בלא הכרזה וכו' דמשמע מהנך תרתי מימרי דדוקא משום דטעו בדמ"ש, אבל בשקה"ד כי האי גוונא אזי קם דינא, אע"ג דלא משכחת לה בהנך גווני כשנו"נ ביד כדכתבינן לעיל [בסי' מ"ח אות ע'] יעוי"ש. וזהו קושיית בעל העיטור על הרב בהלכות כמש"ש. אולם הרב במתק לשונו הקדוש הסיר מעליו נטל הקושיא הזאת, דהנה כשנשים עינינו במתניתין דבכורות דנקטא לה בכולי גווני בדברים שיש בהם זכות וחוב מיד בממון עצמו, ולא בדברים שיסתעף ויוצמח מזה דבר שבממון, [וכן בטיהר אה"ע דעיקר הוראה היה שיזכה בממון זה בשיווי העילוי], ובהנך הוא דקם דינא רק כשנו"נ ביד משום דלית ליה פסידא לבע"ד, אבל כשלא נו"נ ביד דאית ליה פסידא לבע"ד אזי הדר דינא, אבל בדבר דעיקר הפסק לא נחתך על דבר ממון עצמו רק גרמת ממון בעלמא דלית ליה פסידא בבירור גמור, אזי כשטעה בשקה"ד קם דינא אפי' כשלא נו"נ ביד, ומשו"ה ניחא בהנך תרתי דלעיל, דדוקא משום דנעשה כטעה בדמ"ש הוא דחוזר, אבל בשקה"ד קם דינא אפי' כשלא נונב"י משום דבפסק גופא לית ליה לבע"ד הפסד ברור, [דגם דמכרו שלא בהכרזה, מי יודע שעל ידי אריכת ימים והוצאות של הכרזה עוד יעלה בשיווי,

אולי

אולי עוד יפחת ממה שמכרו עתה, אלא דכן הוא החק עפ"י תקנת חז"ל למכור בהכרזה דוקא, אולי יתעלה השיווי], ובשבועה דאשבע בלא נקיטת חפץ בוודאי אין ההפסד ברור, דאולי לא ישבע, דאיסור שבועת שקר הוא גם כן בלא נק"ח, אבל בהך דמתניתין דבכורות דבכולהו יש בהם הפסד ברור במה שטעה בממון עצמו, משו"ה הוא דמצריך רב חסדא שישא ויתן בפועל דאז לית ליה פסידא לבע"ד, אבל בדבור בעלמא הדר דינא משום הפסד ממון ברור שלו, [אולם בשיכר אה"ט יתבאר לקמן (אות י"א) דמיירי ג"כ באופן שיש לו הפסד מיד ע"י הוראה עצמו]. וזהו שכתב הרב אלא מיהא אע"ג דקיי"ל דטעה בדמ"ש חוזר, דהיינו בהך תרתי שהביא לעיל דמשמע אילו היה בשקה"ד לבד אזי קם דינא אע"ג דלא נוכב"י, [דנהי דקושיא כן הוא] איברא פירוקי דהך מתניתין, דהיינו דבכורות ודסנהדרין יתפרדו ולא יתלכדו בהדי הך תרתי עובדי דלעיל, וזהו משום דהכך דמתניתין מגיע הפסד ברור לבע"ד וכמש"ל, וזהו שרימז הרב בהלכות לקמן בדברי ר"ח, וז"ל לאחר האריכות שהאריך בדין טעה בדמ"ש מקיים שם וז"ל אבל היכא דטעה בדמ"ש אפי' לר"ח חוזר לא שנא נוכב"י כו', וזו א"ל לפנים ולא לפני ולפנים, כוונתו בפשטא דא"ל לפנים לחלק בין נוכב"י, וגם א"ל לירד בתחלת השקפה אם נחתך הדבר על דבר שבממון עצמו כמו בשקה"ד, דבדבר משנה לעולם חוזר אפי' היכא דליכא פסידא דבע"ד כגון שנוכב"י, דיגיע הפסידו מן הדיין, או אפי' שגם בעצמותו ליכא פסידא דבע"ד, כגון בדבר שאינו נוגע לממון כלל אפ"ה חוזר, דטעה בדמ"ש יצא מן הכלל הזה שיתקשר בפסידא דבע"ד דוקא:

ה עוד שם וז"ל וכיון דקיי"ל דטעה בדמ"ש חוזר וקיי"ל כר"ח דאוקים להנך תרתי מתניתין כשטעה בשיקול הדעת אידחי ליה האי פירוקא דר"י ור"נ וכו', וצריך להבין דאיזה תלייה יש בזה, הלא גם לר"ח איפשר לקיים לפירוקא דר"י ור"נ, וכמ"ש הנמוקי יוסף שם דר"ח מיירי באין גדול הימנו, ונראה בכוונתו דהנה לפירושא דהרב וגרסתו בדברי ר"י ור"נ דמוקמינן למתניתין דבכורות, גם הרישא מיירי במומחה. והרי שתם סוגיית הש"ס לעיל [דף ו'] בע"כ צ"ל דמיירי באינו מומחה מדפריך מיניה לר' אבהו, וכאשר הקשה הרמב"ן במלחמות ד'. אלא דהאכתי אינו מוכרע לגמרי דמנא לן לפרש כפירוש הרב הרי יש לפרש בפשטא בדברי ר"י ור"נ כפירוש רש"י, דגם לר"י ור"נ מיירי רישא באינו מומחה, ולהכי הכריח הרב ממאי דקיי"ל כר"ח וממילא נשמע דבע"כ הטעם משום פסידא דבע"ד, דאם לא כן בזיכה את החייב אמאי צריכין לאוקמא במשכון וכמ"ש הרא"ש, והשתא ממילא נשמע דסיפא לא קאי על רישא, אלא דהדר דינא כיון שפטור מלשלם, ומזה מוכח דאי איפשר לפרש כפירוש רש"י דא"כ מאי קשיא ליה לר"נ על ר"י מסיפא וכמש"ל [באות א']. אלא בע"כ צ"ל כגירסת הרי"ף ופירושו דרישא מיירי במומחה, וכיון שכן שפיר מוכח מסוגיא דלעיל [דף ו'] דאזדו דלא כוותייהו:

ומה שתלה הרב במאי דפסקינן דטעה בדמ"ש לעולם חוזר, כי היכי דלא לדחוקי אנפשין לקיים מילתא דר"י ור"נ [ואפ"ה פריך שפיר לר' אבהו כמו שיתבאר]. וניחא דר"י ור"נ מוקמי למתניתין דבכורות במומחה בין כשטעה בדמ"ש וכן גם בשטעה בשקה"ד דלעולם מה שעשה עשוי מפני כבודו דמומחה דניחא ליה טפי בצערא דממונא מבזיונא דגופא, ובאין גדול הימנו פטור ג"כ מתשלומין אע"ג דכשטעה בדמ"ש נתגלה שפכה תלמודו. [והא דאמר ר"ע לר"ט, ל"ק לר"י ולר"נ ולא צריך לדידהו משום דליתא קמן דתיהדר דאפי' בדאיתא קמן אינו חוזר, והא דפטרוהו מלשלם אע"ג דיש גדול הימנו היינו משום דמומחה היה כמ"ש הנמו"י], וקושיית הש"ס לעיל [דף ו'] הכי אזדא, דהא תינח אם נימא כשמואל דבדלא טעה דינו דין אפי' כשאינו מומחה, ולהכי כשהיה מומחה הגם דהשתא נתגלה למפרע שפכה תלמודו כיון שטעה בדמ"ש אזי יש מקום לומר דמשום כבודו שלא יתגלה קלונו ברבים שטעה בד"מ לא מהדרינן הדין וכמ"ש, אבל לר' אבהו קשיא אפי' לר"י ולר"נ דמיירי במומחה דיכול לדון גם יחידי, זהו כשלא שכח תלמודו והוא מומחה מתחלה ועד סוף, ולהכי הקדים הרב דקיי"ל דטועה בדמ"ש חוזר אפי' במומחה ולא חיישינן לכבודו בזה:

ו עוד שם בבא המשאה וכו', יש להבין דמאי שנא בטעה בדמ"ש ונו"נ ביד דחוזר הדין, ובאי איפשר למיהדר הוא דמחייבין ליה [וכמ"ש הרמב"ן במלחמות ד' בשיטת הרי"ף], והכא בליתא מומחה ולא קבלוהו ונו"נ, נוטל מתחלה ממנו והוא שקיל מאידך, ואמאי הא בשניהם דינו כמאן דליתא, מדוע ישתנה הדין בין זה לזה. ונראה דבנו"נ יש מקום לחייבו משום גזלן וגם יש לחייבו משום מזיק, והחלוק ביניהם, דמשום גזלן אזי מחוייב לשלם מיד אע"ג שנתנו לחבירו ואיפשר להוציא מן השני, כיון שהוא בעל דבר שלו ונתחייב לו בהשבה, וכמו גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ונטלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה [ב"ק קי"א:]. איברא היכא דלא איפשר לחייבו משום גזלן כמו שיתבאר, ואזי מחייבינן ליה משום מזיק, דאזי צריכין לתור תחלה אם כבר נעשה ההיזק, דאולי עודנו יוציאו מן השני, אזי לא נוכל לחייבו משום מזיק עד שנדע בבירור שכבר נעשה ונגמר היזיקו בהחלט, וזה מבואר דמשם גזלן אינו חייב רק כשנתכוין לגזול, דכיון דצריך משיכה או הגבהה להוציא מרשות בעלים וצריך שיתכוין לקנות. אבל בלא כוונה אי איפשר לקנות כדי לחייבו, אבל מטעם מזיק דאין צריך קנין, לזה גילה רחמנא דחייב אפי' בשוגג דאדם מועד לעולם. והשתא ניחא דהיכא שיכול לדון עפ"י הדין כגון בגמיר וסביר ולא קבלוהו או בגמיר וקבלוהו דירד לדון כדת תוה"ק ונוכ"י להעמיד הדת על תלו, רק שטעה אפי' בדמ"ש, תו אי איפשר לחייבו משום גזלן, כיון דלא נתכוין לגזול כלל רק להעמיד על הדת כפי דעתו, רק משום מזיק הוא דמחייבינן ליה דחייבו רחמנא אפי' בשוגג ומשו"ה לא מחייבינן ליה רק כשלא נוכל להוציא מן השני, דאז נודע שכבר נגמר היזיקו עד כלה, אבל בגמיר לבד ולא קבלוהו, דמן הדין אין עליו שום שם תואר לדון בדברי ריב שבין אדם לחבירו, ואין לנו לשעות אחר השם שכינה לעצמו, והרי הוא כגזלן שנטל מזה ונתן לזה, והרי זה כנתכוין לגזול ממש, דמה לנו בין גזל ונטל לעצמו או שנתנו לאחרים [וכמ"ש לקמן בסי' שאח"ז אות ה'] ומשו"ה הרשות ביד בעה"ד לתבוע מתחלה ממנו כיון שהוא בע"ד שלו ונתחייב לו בהשבה:

ז נראה בעליל מבבא זו, דאע"ג שאין עליו תורת דיין כלל, אפ"ה אין צריך להחזיר מיד עד שיתברר שטעה לפני ב"ד, ואמאי כיון דאין דינו דין יחזיר מיד מה שהוציא ממנו ואח"כ ירד עמו לדין, ונראה שמקור דין זה הוא מבבא מציעא [דף ק"י.] מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש וכבר אכל דאין מוציאין ממנו, אע"ג דקרקע בחזקת בעלים עומדת ואפי' בא בסוף חדש כולו למשכיר, משום דמילתא דעבידא לגלויי לא מטרחינן בי דינא בכדי, ומכל שכן הכא דעומד לברר בודאי:

ח שם הביא בשם חד מרבוותא דמומחה שטעה בשקה"ד ולא נוכב"י, דדיני' דינא ופטור מלשלם, כוונתו אע"ג דאיכא תרתי לריעותא [לדעת הרי"ף] לענין שיחזור הדין, חדא כיון דמומחה הוא ופטור מלשלם ואיכא פסידא לבע"ד, ועוד כיון שלא נוכב"י לדברי ר"ח דסבירא ליה כרבנן דלית להו דינא דגרמי [וכמו שמביא הרי"ף אח"כ בשם הגאון דתירוצא דר"ח הוא אליבא דרבנן] אפ"ה קם דינא, ומביא ראי' לזה מעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי ור' חייא דלא חשו לפסידא דבע"ד, ובדין השני מביא הדברים כסדרן אליבא דר"ח, והוא במומחה ולא קבלוהו או שאינו מומחה וקבלוהו דשניהם שוין, דפטורא דידהו מפני שלא נוכב"י, ואפ"ה קם דינא אליבא דר"ח. דר"ח לא בעי נו"נ ביד רק לענין תשלומין משום דס"ל כרבנן. אבל לענין קיום הדין לא פליג על רב ששת, והוא תמוה שהרי להדיא מבואר בדברי ר"ח להיפוך, דמשני על הנך תרתי מתניתין כאן כשנו"נ ביד וכאן כשלא נוכב"י והוא קושיית הרי"ף. ויש ליישב דעת הגאון דס"ל כתירוץ השני של תוס' ב"ק [דף ק'] סוף ד"ה טיהר גם למסקנא וזהו היכא דנו"נ ע"י הדיין אזי קם דינא וישלם, ואם לא נו"נ ע"י הדיין רק ע"י בעל דין אזי קם דינא ואינו מחוייב לשלם, וכשלא נו"נ כלל לא ע"י הדיין ולא ע"י בע"ד, אזי הדר דינא לגמרי, ואפי' בזיכה את החייב או בחייב את הזכאי ותפס המלוה אזי הדר דינא, וכמ"ש לעיל [בסי' נ' אות י"ב], ושיעור דבריו דמתניתין דבכורות דקתני תרתי דמה שעשה עשוי וישלם מביתו מיירי כשנו"נ ביד הדיין עצמו, ומשו"ה חייב לשלם אפי' לרבנן, ומתניתין דסנהדרין דקתני דיני ממונות מחזירין בין לזכות ובין לחוב, מיירי כשלא נו"נ ביד כלל אפי' ע"י בע"ד ומחזירין לזכות מיירי כשהדיין חייב את הלוה ותפס המלוה מן הלוה וטעה בשקה"ד דהשתא לרב ששת קם דינא שכבר נעשה מעשה, ולרב חסדא הדר דינא וכמ"ש לעיל [שם] כיון שלא נתחזק הדין אפי' ע"י הלוה עצמו. איברא כשנו"נ ע"י הלוה עצמו, וכן בזיכה את החייב ע"י המלוה עצמו שהחזיר לו המשכון, דנהי דאין הדיין חייב לשלם לרבנן כלל דלית להו דינא דגרמי. אבל מיהת קם דינא, דלענין קיום הדין מהני נמי כשנו"נ ע"י בעה"ד:

ועתה

ועתה נשים עינינו לשקול בפלס מאזני צדק את עמקי דברי הגאון
לאשורם, ולתרץ דלאיזה צורך פירש הגאון בשני מאמרים
הראשונים שהם רק אליבא דרב חסדא, והרי מסיים לבסוף דהלכה
כרב ששת, ונראה כי עיקר יסודו לפסוק כר"ש דבשקה"ד קם דינא
ומשלם ע"י דבורו לבד אפי' בשלא נו"כ כלל, לא ע"י הדיין ולא ע"י
הבע"ד, ובלבד שיוגמר הענין כולו כגון זיכה את החייב וחייב את
הזכאי, ולאחר גמר דין תפס המלוה מן הלוה, דאע"פ שלא נתחזק
הדין כלל אפ"ה קם דינא, ומחוייב לשלם לדידן דפסקינן כר' מאיר
דדאין דינא דגרמי, ועיקר היסוד לזה מאחר דר"ש סבירא ליה להדיא
כן, ואין מן הסברה דר"ח פליג בזה לדידן דפסקינן כר' מאיר, והא
דמוקא לה ר"ח דדוקא כשנו"ב ע"י הדיין עצמו, הוא בשביל דבעי
לאוקמא מתניתין כרבנן דלית להו דד"ג. איברא הא תינח אם נימא
דר"ח לא פליג רק לענין תשלומין, אבל לענין קיום הדין אזי היה מן
הסברה שיודה לר"ש, דלענין קיום הדין ליכא לאפלוגי בין ר"מ לרבנן.
וא"כ השתא דאשכחן להיפוך, שהרי ר"ח מוקים למתניתין דסנהדרין
דדיני ממונות מחזירין בין לזכות ובין לחוב כשלא נו"כ ביד, הרי דגם
לענין קיום הדין הוא דוקא כשנו"כ ביד אזי נראה בעליל לכאורה דפליג
לגמרי על ר"ש. אפי' בדבר דאין מקום כלל לתלות בפלוגתא דר"מ
ורבנן בדינא דגרמי. אולם עדיין יש מקום לומר שר"ח לפום אוקימתא
דידי' אליבא דרבנן דאין צריך לשלם אלא כשנו"ב ממש, אזי הכריחו
לקשור גם את קיום הדין נמי בזה, דאם לא כן טימא אה"ט וזיכה
אה"ח ונו"כ ביד ע"י מגע או ע"י המשכון שנטל הדיין מן המלוה היכי
משכחת לה שיתחייב לשלם, כיון שגם ע"י דבורו קם דינא ונטמאו
הפירות ונפטר הלוה מיד עד שלא נו"כ ביד, כקושיית תוס' בב"ק.
אפס בזאת יבחן הדבר היטב, דבאם נוכל לומר בדברי ר"ח דלענין
קיום הדין לרבנן לא בעינן שישא ויתן הדיין בעצמו, אלא שגם כשנו"כ
ע"י בעל הדין בעצמו נמי קם דינא, רק לענין תשלומין לבד הוא דמצריך
לרבנן שישא ויתן הדיין בעצמו, אזי שפיר נכון הדבר להשוותו עם ר"ש
ולא לאפושי פלוגתא, והוא דאליבא דר"מ קם דינא בדבור לחוד,
וכן לענין חיובא דדיין. אבל ר"ח קאי אליבא דרבנן דלית להו דד"ג
ולא נוכל לחייבו רק כשנו"כ ביד ממש. והשתא דאוקמא לה אליבא
דרבנן אזי הענין מחייב לומר דגם לענין קיום הדין בעינן נמי מיהת
שישא ויתן ע"י בעה"ד בכדי להיישיר פני הנידון דמתניתין בטימא את
הטהור וזיכה אה"ח, דלהכי חייב הדיין ע"י שנשא ונתן ביד, מפני
דטרם שנעשה לא הופסד מאום שהרי הדין חוזר, אכן אם נימא שגם
לענין קיום הדין בעינן לר"ח שנו"כ ביד ע"י הדיין עצמו, דזה אינו מן
הסברה ממתניתין, הרי בע"כ צ"ל דר"ח פליג בעיקר הענין על ר"ש.
ועתה נבינה נא את גודל עומק עיונם של רבותינו הראשונים ורמזו
לנו ברמיזה בעלמא, והקדימו בזה דלקושטא גם לר"ח אליבא דרבנן
די כשנו"ב ע"י בעה"ד לענין קיום הדין, וזהו מן הסברה בכדי ליישב
מתניתין בטימא את הטהור וזיכה אה"ח. אבל אליבא דר' מאיר
מודה דדי בדיבור לחוד כר"ש, ועיין היטב. ולאחר שבירר הגאון את
אלה בשני מאמרים הראשונים גילה לנו מצפון רוחב לבבו, דכל זה
הוא לימוד מושגב לדינא במאמר השלישי שם, וז"ל וחזינן ליה נמי
דקאמר דהאי דאוקימנא למתניתין דדן את הדין זיכה אה"ח וכו' בשנו"כ
ביד, כי היכי דלא ליתמוהו כר"מ דדאין דינא דגרמי. והשתא
דסבירא לן כר"מ וכו' אע"פ שלא נו"כ ביד וכו' הרי הוא חייב לשלם,
דלולא היסודות הראשונות אכתי לא ברירא לן לפסוק כר"ש, כיון
דר"ח פליג עלי' דגם לענין קיום הדין בעינן שישא ויתן ביד, אכן
השתא לאחר שפינה דרך סלולה דגם לאוקימתא דר"ח אליבא דרבנן
משכחת לה דיתקיים הדין אפי' זולת מעשה הדיין, רק ע"י מעשה של
בע"ד נמי מספיק לזה. הרי להדיא שרק מפני חיוב תשלומין הוא
דמצריך מעשה הדיין, וזהו מפני דמוקים לה כרבנן, ונגרר ממילא
דגם לענין קיום הדין צריכין מיהת למעשה של בעה"ד, דלולא הכי
אפס מקום ומקור לכלל מתניתין בטימא את הטהור וזיכה אה"ח.
לכן נסתעף מזה דאיפשר לומר דגם ר"ח מודה לר"ש דאליבא דר"מ די
לתרווייהו הן לקיום הדין והן לתשלומין כשיוגמר הענין לחוד, זולת בחייב
אה"ז ועדיין לא שילם. וגם כשלא תפס התובע הוא דהדר דינא כמ"ש
הש"ך [ס"ק כ"ט אות ג']:

ועתה נבאר בקצרה דברי הגאון הנ"ל דבמאמר הראשון אתא לאשמעינן
דרך כלל דטעמי' דר"ח לאו משום פסידא דבע"ד הוא, דאם
כה תאמר תו אי איפשר לזווג את דברי ר"ח ודברי ר"ש בהדי הדדי,
שהרי לר"ש לא תליא מידי בפסידא דבע"ד, שהרי חייב את הזכאי
ושילם הלוה למלוה או שתפס המלוה אח"כ, לדידי' קם דינא ופטור
לשלם דאילו הוה קמן הוי הדר, דפטור אפי' לר"מ לדעת כמה פוסקים
[לבד התוס' ורא"ש, ועי' מ"ש לקמן אות י' י"א], ולר"ח הדר דינא מפני
פסידא. לכן הכריח טרם כל דאפי' מומחה ולא נו"ב דפטור משני
טעמים ואפ"ה קם דינא, ורא"י מעובדא דר"י בר' יוסי ור' חייא.
ובמאמר השני מפרש דיש מקום לומר דלר"ח קם דינא אפי' היכא שלא
נו"ב ע"י הדיין עצמו רק ע"י בע"ד נמי מספיק לקיום הדין כיון דגם
בזה מיתרצא למתניתין על תלו ומהיכא תיתי לאפושי פלוגתא ביניהם.
ובמאמר השלישי אתא לאשמועינן עיקר הדבר דעל פי מוסדות הללו
נכון הדבר לפסוק כר"ש משום שגם ר"ח מודה לדבריו אליבא דר"מ
וכמש"ל. ועתה מובן היטב מפני מה פירש הגאון בשני מאמרים
הקודמים שהם רק אליבא דר"ח והלא לבסוף מסיים דהלכה כר"ש,
אלא משום שמהם הוא דהגה את היסוד המושגב הזה, ותלי"ת הדברים
נכונים ומתאימים:

ט **ועתה** נבאר המאמר השלישי מהגאון בפרטות שכתב וז"ל
והשתא דסבירא לן כר"מ מי שאינו מומחה שטעה
בשקה"ד אע"פ שלא נו"כ ביד, אם אין הדבר מצוי שיחזור ונתברר
כי הוא גרם לממונו של זה שיאבד הרי הוא חייב לשלם, וכתב על זה
הרב בהלכות והאי סברא נמי ליתא וכו' ועיי"ש. ויש לעיין דבאיזה
אופן מיירי, אי בגמיר וקבלוהו, הרי כבר פסק הגאון במאמר השני
דמה שעשה עשוי, והכא פסק דהדר הדין באם מצוי שיחזור, ועוד
כיון שפוסק כר"ש הרי זה רישא דמתניתין דבכורות דמה שעשה עשוי,
ואם מיירי בדלא קבלוהו היאך משיג עליו בזה, שהרי הרי"ף בעצמו
כתב כן בבבא ה'. דכל דלאו דיינא הוא דחייב לשלם מדינא דגרמי
אפי' כשלא נו"כ ביד בליתא דתיהדר. ונראה דבע"כ צ"ל דמיירי
בדקבלוהו בע"ד, דאי בדלא קבלוהו, מאי איריא אינו מומחה אפי'
מומחה נמי חייב לדעת הגאון דפוסק כר"ש וכדאיתא לעיל [דף ה']
אי קבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים, דלר"ש מיירי כשלא נו"כ
ביד, אלא דמיירי באינו גמיר דע"י קבלת הבע"ד נעשה דיין ודינו
דין וכמ"ש הרמב"ן בסוף הדבור [ואי משום דהוי כתרתי לריעותא, חדא
דרמב"ן לטעמיה בפרק יש נוחלין (דף קכ"ח) דאפי' בתרתי לריעותא מהני קבלת
בע"ד, ועוד דיש לומר דקבלוהו עלייהו כיחיד מומחה כמו שמבואר באחרונים
בסי' כ"ב]. איברא זהו כל זמן דלא ידעינן דטעה וכמ"ש רמב"ן להדיא
דהיכא דטעה אפי' בשקה"ד הדר דינא. ולפי"ז בסברא בעלמא פליג
הגאון עם הרב בהלכותיו, דהגאון ס"ל כיון דטעה דמי ללא קבלוהו
דמחויב לשלם בדינא דגרמי בליתא דתיהדר [דאפי' בגמיר ולא קבלוהו
מחייבינן ליה גם לדעת הרי"ף אפי' כשלא נו"כ ביד בליתא דתיהדר, דנהי
דלדעתו דליתא לדינא דגרמי גבי דיין, זהו בגמיר וקבלוהו, או בגמיר וסביר
ולא קבלוהו, ואפי' לר"ש דמחייב גבי דיין בדינא דגרמי, זהו כשברי היזקו,
אבל לא בליתא דתיהדר כדאיתא גבי ר' טרפון ור"ע. ובזה גם הגאון מודה דלא
מחייבינן לדיין בכל דאיפשר דתיהדר, והיכא דלית ליה שם תואר דיין כלל
כגון בגמיר ולא קבלוהו, גם הרי"ף ס"ל דחייב אפי' כשלא נו"כ ביד] רק
בדלא גמיר וקבלוהו בע"ד עלייהו, בפרט זה הוא דפליגי, דהגאון ס"ל
כיון שטעה דינו כלא קבלוהו שהרי חוזר הדין, ומשו"ה מחייבינן ליה
לשלם בליתא דתיהדר, והרי"ף ס"ל דכיון דמכל מקום לא נחית לדון
מעצמו רק ע"י קבלת הבע"ד, אזי לענין חיוב תשלומין כל תורת דיין
עליו (חדא) דלא מחייבינן ליה בליתא דתיהדר, ועוד דלטעמי' שחידש
שם דליתא לדינא דגרמי גבי דיין, הוא הדין נמי בזה, ומה יעשו
במקום דליתא לאיניש דגמיר וקבלוהו לזה דלא גמיר, הכי ישתקע
הדבר ולא ידון ביניהם כלל והרי זה כאנוס, שהרי גם חד דגמיר ולא
סביר הרי אין ביכלתו לחתוך את הדין, אפ"ה כיון דקבלוהו כל דין
תורת דיין עליו בענין התשלומין, הוא הדין לא גמיר נמי:

ועיין ש"ך [ס"ק כ"ד] שחולק על הרמב"ן במאי שכתב שאם טעה
הדין חוזר, בין נו"כ ביד לר"ח ובין לא נו"כ ביד [אפי' לר"ש],
ולמאי שכתבנו מבואר הדבר בדברי הגאון ובדברי הרב בהלכות דלענין
קיום הדין מחלקין בין גמיר וקבלוהו ללא גמיר וקבלוהו, ולענין
תשלומין נראה מדברי רמב"ן שם שמכריע כדברי הגאון מצד הסברא,
[ומה שמביא הרמב"ן ראי' ממי שאינו מומחה וראה את הבכור אע"ג דפשטו
הבעלים, ראיה זו לסתור דברי הרז"ה שם שכתב דאפי' נו"כ ביד פטור משום
פשיעת הבעלים, אבל לא לסתור דברי הרב בהלכות שפטרו מצד כיון דמ"מ שם
דיין עליו כיון שקבלוהו בע"ד עליהם, ומשו"ה פטור כיון דאילו הוי קמן הוי הדר
כמו

כמו בעובדא דר' טרפון, דכל זה בדבר שבממון גרידא שהרשות ביד הבעלים לעשות בממונם כרצונם, ומשו"ה מהני קבלתם כדי לדונו כדין דיין שטעה. אבל לענין מומין בקדשים כיון שאינו מומחה, הרי פשע בעצמו להטיל מום בקדשים במאי שהרשהו לשוחטו, דמה בכך שקבלוהו הבעלים, דסוף סוף איסורא אקרקפתא דרואה הוא, משום הכי מסתבר יותר דגם לענין תשלומין הרי הוא כלא קבלוהו, שהרי גם מתחלה לא היה ברשותו להכניסו ולהלבישו באיסורא]:

י יש להתבונן בעיקר הדבר מדוע יתייפה כחו של מי שאם דיין עליו ע"פ ד"ת, שיפטר בכל מקום דאילו הוי קמן הוי הדר, ומי שאין עליו שם דיין יתחייב גם כשלא נו"נ ביד מדינא דגרמי, דבשלמא בעיקר דינא דגרמי שחידש הרב בהלכות, דר"ח ס"ל דל"ל דינא דגרמי גבי דיין משום דירד מתחלה לעשות מצוה, ואע"ג דנסתיים שלא עשה מצוה אפ"ה פטור משום דינא דגרמי, דדמי לאחוויי אחווי שפטור כשהוא אנוס, ולכן זהו דוקא כשיש שם דיין עליו. איברא מדברי הרב נראה בהשגתו על הגאון במאמר השלישי דאפי' לרב ששת דאית ליה דינא דגרמי אפ"ה פטור [היכא דאילו הוי קמן הוי הדר] אפי' לר"מ דס"ל דקושיית רב המנונא קאי גם אליבא דהלכתא דפסקינן כר"מ, וא"כ מאי שנא בין דיין לאינו דיין בפרט זה, הכי קנסא הוא דקנסינן ליה בזה, דמדברי הרב [צבבא ה'] נראה דפשיטא ליה דמדינא הוא:

ונראה דבחייב את הזכאי וטעה בשקה"ד ניחא, דהיכא דדיינא הוא ושילם הלוה אחר כך למלוה דפטרינן ליה, משום דהלוה עצמו הוא שהפסיד לעצמו, דנהי דיותר יש לאדם לשמור את עצמו שלא יזיק משלא יוזק כמ"ש תוס' ב"ק [דף כ"ג] בד"ה וליחייב, זהו כשניהם שווים בדבר המופסד. אבל הכא הדיין לא עשה מעשה רק ע"י דיבורא נתגלגל הדבר להפסידו, שאילו לא שילם לו הוי הדר דינא, וע"י ששילם לו הלוה הוא דקם דינא, הרי הוא בעצמו הוא דהפסיד לעצמו בפועל לגמירות, ומשו"ה הוא דפטרינן ליה. אבל היכא דלאו דיינא הוא שגם אחר ששילם לו הדר דינא, אלא דלית ליה נכסי למיהדר, נמצא דשניהם שווים בפסידא דדא, ומשו"ה מחייבינן לדיין דיותר יש לו לשמור שלא יזיק כו', ועי' בשטה מקובלת סוף פ' האומנין שמביא בשם הרמב"ן דאדם המזיק חייב אפי' באונס, והא דפוטר בירושלמי כשבא חבירו לישן אצל הראשון שכבר ישן, משום דפשע בעצמו. ברם עודנה לא נתיישב בטעה בדמ"ש וחייב אה"ז דאפ"ה פטור בדיינא אפי' לר"ש משום דאילו הוי קמן, והרי גם ע"י הלוה לא נפסד לגמרי, והיכא דלאו דיינא הוא מחייבינן ליה:

איברא מתורתו של רמב"ן האירו עינינו במבוכה זו דהתלקט כמה ענינים יחד דמצינו בגמרא להדיא דמחייבינן ליה בגרמי דבשעת מעשה לא נגמר היזיקו, ואח"כ נתגלגל הדבר ונפסד לגמרי כגון במראה דינר, וכן מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו וכו'. ומצינו ג"כ להיפוך כגון בסוגיין בעובדא דר' טרפון, וכן במוכר זרעונים ולא צמחו דפטור לשלם לו דמי הוצאות, הרי דבע"כ צ"ל דפתר הדברים כן הוא דהיכא דלא היה לו להזדקק לענין זה כלל, הוא דמחייבינן ליה גם כשנתגלגל ההפסד אח"כ, והיינו טעמא דמראה דינר דכל זמן שאינו מומחה כדנקא ואיסר לא היה לו נהחליט הדבר, והיינו טעמא נמי דמי שאינו מומחה, דכיון שכבר תקנו חז"ל דכל מי שאינו מומחה אע"ג דמומו ניכר אח"כ הרי זה יקבר, לא נכנס ברשות מעיקרא. אבל בעובדא דר' טרפון וכן בחייב אה"ז וטעה בדמ"ש ושילם הלוה אח"כ, דירד ברשות. וכן נמי במוכר זרעונים דירד ברשות כמנהגו, אלא שנתגלגל לחבירו הפסד אחר כך, הוא דפטור. ומשום האי טעמא נמי היכא דלאו דיינא הוא, דאינו רשאי להזדקק כלל לדון בזה, מחייבינן ליה נמי אפי' ע"י ההפסד שנתגלגל אח"כ, וזה פשוט:

יא יש להתבונן לדעת הרי"ף ורמב"ן ובעל העיטור ורש"י וכמו"י, דסבירא להו דהיכא דאילו הוי קמן הוי הדר, פטור אפי' לר"מ דדאין דד"ג גם אליבא דרב ששת, דהיאך יפרנסו הסוגיא דבכורות ודב"ק לסלקא דעתא מעיקרא דמתניתין דדן את הדין וכו' אתיא כר' מאיר, דאם כן טיהר את הטמא וחייב אה"ז [לדעת הרמ"ה וש"ך ס"ק כ"ט אות ב' ג' ד', ועי' לעיל סי' מ"ט אות ס' מ"ש בזה] היכי משכחת לה שישלם, הרי לא נפסד מיד וכמ"ש בתוס' ב"ק שם. ונראה לפענ"ד דבטיהר אה"ט איכא תרי גווני בעיקר הדבר, חדא דשאל לחכם אם טהור הוא ופסק לו דטהורים הם ונתגלגל אח"כ שעירבן בעה"ב עם פירותיו מרובים, דמותרים הם לפי שעשאה ע"פ הוראת החכם, ולא נאסרו הפירות כדין המבטל איסור של חבירו שנאסרו למי שביטל בשבילו במזיד, והרי שגגת חכם עולה זדון כמ"ש תוס' ב"ק בד"ה טימא אה"ט, דכיון שלא הורה החכם שיבטלנה בפירות אלא מפני שסמך על הוראת החכם עמד ועירבן, הרי זה כאילו נתבטלו מעצמם, כיון שאלל בעה"ב נעשתה בשגגה. אולם אם ידע הבעה"ב שטמאים הם, אלא ששאל לחכם אם מותר לבטלם, וטעה החכם בשקה"ד והורה דמותר לבטלם במרובים כגון בטומאה דרבנן, עי' בש"ע יור"ד [סי' ק"ט סעיף ו'] ועשה כן. דהשתא טמאים הם כיון שהורה לו שיבטלם ודינו של חכם כמזיד, אזי דינם של פירות אלו כמבטל איסור בשל חבירו, דאסורים למי שביטל בשבילו, ואף למוכרן לישראל אחר אסורים, כמבואר שם [סעיף ה'] אזי בכהאי גוונא הוא דמשלם מביתו נמלא דפירושא דמתניתין הכי הוא לדעת הפוסקים הנ"ל, והוא דבטיהר אה"ט איתא בשני אופנים, אם היתה בפן הראשון אזי מה שעשה עשוי, ואם בפן השני אזי ישלם מביתו, דכיון ששאל על זה אם מותר לערבן והורה שמותר לערבן. והשתא כיון שהורה לו לטובתו אזי בודאי יעשה כן, ולא שייך לומר וליפטרי' מטעם דאילו הוה קמן. דזה לא שייך אלא במקום שהוא לגריעותא דידי', לכן אמרי' דמה לו להקדים ולערבן בפירות מועטין או בפרה דר' טרפון, וכן בחייב את הזכאי דמה לו להקדים ולשלם בלא כפיי' וכמש"ל [בסי' מ"ט אות ס' מזה]:

ובהקדם יסוד זה ניחא נמי ליישב חייב אה"ז, כגון בלוה שהיה לו משכון ותבע בדין את המלוה דלפי דבריו כבר פרע לו ונתחייב המלוה להחזיר לו המשכון, ופסק דאין צריך להחזיר לו המשכון עד שיפרע לו, ויש לכאורה לספק בזה אם טעה בזה בשקה"ד אם אמרי' בזה קם דינא, כיון דגוף המשכון לאו דמלוה הוא, והרי זה כאילו חייב אה"ז ועדיין לא שילם לו, דלא אמרינן בזה קם דינא לדעת רמ"ה וש"ך, או דלמא כיון דא"צ להחזיר המשכון עד שישלם לו כפי שפסק החכם, אמרינן בזה קם דינא, דהוי כאלו כבר נגמר הדין [ועי' ש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ח, דלא מהנינן ליתמי דמלוה דממושכן בידו היכא דמודו דלא לקחוהו, דכיון דאין על המשכון רק שיעבוד, הוי להוציא ואין אדם יכול להוציא מחבירו בטענת ספק]. איברא כשפסק לו שימכור המשכון וכן עשה המלוה וטעה בשקה"ד. אזי פשיטא דצריך לשלם אפי' לרוב הפוסקים הנ"ל דפטרו היכא דאילו הוי קמן הוי הדר, דזהו כשהוא לגריעותא דידי'. אבל לא בדבר שהוא לטובתו, דמסתמא יקום דבר מיד ולא יתמהמה. ולפי"ז שפיר משכחת לן בחייב את הזכאי דמשלם מביתו כגון במשכון או בפן ראשון או בשני. וא"ל דאם כן מאי מקשה הש"ס לרב חסדא דבזיכה אה"ח היכי משכחת לה דנו"נ ביד, כיון שגם מעיקרא באוקימתא דרב ששת צריכין לאוקמא דחייב אה"ז מיירי במשכון, וכמ"ש. היאך נפלאה ממנו עתה לרב חסדא דזיכה אה"ח מיירי במשכון, די"ל דנהי דידע דאיפשר לאוקמא במשכון, אבל קסלקא דעתא דמכל מקום לא נחשב במאי שנו"נ ביד את המשכון מן המלוה כאילו נו"נ ביד בגוף החוב כי היכי דנחייבי' לשלם כל המלוה, ולא ישלם למלוה רק היתרון שבין מלוה שיש עליו משכון לאין לו, וכמש"ל [בסי' נ' אות י"א]. רק המתרץ הוא דחידש כן, דגם כשנו"נ במקצת הוי ככולו [ועי' בהשמטות]:

יב בדבר קושיית תוס' בכורות [דף כ"ח:] בד"ה לימא והניחו בתימה. אמינא לכאורה להקל תמוה זו ע"פ הדברים שכתבנו לעיל [באות י"א] דטיהר את הטמא כשנשאל אם מותר לבטל, וכן בחייב את הזכאי והיה לו משכון, וע"פ טענת הלוה מחויב המלוה להחזיר לו המשכון בלא כלום, ונחתך הדין על פיו שישלם לו מיד או שימכרנה, וכן עשה דבכל כהאי גוונא לא שייך למיפטרי' משום דאילו הוי קמן הוי הדר [ודמי לזיכה את החייב] כיון דטובתו הוא, דאזי מסתמא לא יתמהמה בזה, והוא הדין גבי בכור בזמן הזה, דזהו כל חפצו של כהן בבכור כיון שאינו עושה ואוכל ומחויב לשומרו כמ"ש רש"י ביומא [דף ע"ח סוף ע"א] בד"ה כהני כו' וז"ל לפי שהבכור בזה"ז אין לו תקנה אלא אם כן יש בו מום, ועל הכהן לטפל משנתנוהו לו לשומרו ולזונו עכ"ל, וכיון שאמר לו שיש בו מום מסתמא ישחטנו מיד, והרי זה במשקל כזיכה את החייב, דגם לרבנן דלית להו דינא דגרמי חייב לשלם לדעת התוס' ורא"ש, ולא פליגי אלא בחייב אה"ז וטיהר אה"ט ואח"כ עירבן, או ששילם לו הלוה אח"כ שאין הענין מחייב הדבר שיעשנה מיד, משא"כ גבי בכור שזהו כל מגמתו, וממילא מובן שגם לדעת הפוסקים החולקים על התוס' ביסוד זה, מ"מ

תו ליכא ראי' ברורה דאתיא כר"מ, דיש מקום לומר דאתיא אפי' כרבנן, ועי' ב"ק [דף קט"ז:] בתוס' ד"ה לא צריכא. איברא לקושטא למאי שכתבנו לעיל [בסי' נ' אות י'] ליתא לכלל זה גבי אינו מומחה וראה את הבכור, דסברת תוס' הוא רק בשקה"ד, דבשעה שיצא הדין מפיו תו א"א להרוס הדבר גם ע"פ דת תוה"ק, משא"כ הכא דטעה בדמ"ש. רק משום שמעשו הוא לא עדיף מאחווי אחווי ללסטים דלא מחייבינן ליה רק משום דינא דגרמי:

ונראה לפענ"ד לגודל תמיה זו, ובפרט שרבותינו הראשונים העלימו ממשנה זו, לכן נראה שהיה להם דרך אחר בזה דטעמא דמתניתין בזה לא משום דינא דגרמי הוא, אלא מטעם אחר דמלינן בסוג זה בכמה דוכתי, והוא כיון דאינו מומחה דקתני הוא שגמיר וסביר ובקי במומין כמומחה גמור. אלא שלא נטל רשות מבי נשיאה, כמ"ש הרמב"ן במלחמות ה' בראשית דבריו. ויסוד הדבר הוא ביומא [דף ע"ח] אמר רב אדא בר אבא דבר זה הניחו להם לבי נשיאה להתגדר בזה וכו', ולאשר הדבר רפויי מרפיא לפני ההמון כיון דמומחה הוא ובקי במומין לכן חזקו הדברים ותקנו דהרי זה יקבר, וחששו עוד דלא יצייתו בזה ויאכלנו בצנעה, הוסיפו עוד ואמרו דישלם מביתו וכיון שאין לו הפסד לא יכבידו אוזן משמוע לדברי חז"ל, ועל ידי זה לא יזדקק עוד מי שלא נטל רשות כיון דיפסיד על מנה אחת אפים, ועי' יבמות ריש פרק האשה רבה גבי חד מנא לא ציית, מפני שכל דבר שקשה לפניהם חששו חז"ל לזה שלא יצייתו, נמצא דכל עיקרו של תשלומין הוא רק שיתחזק גדרו של הנשיאה והב"ד הגדול, ולא נכנס כלל וכלל בסוג של כל התשלומין בש"ס:

יג **לכאורה** נראה כדמות ראיה לדברי הרי"ף בכללו דלרב חסדא לית ליה דינא דגרמי בדיין כלל, דאל"ה אלא דגם ר"ח ס"ל שגם בדיין מחייבינן ליה משום דד"ג, והא דמוקים ליה כשנו"ב היינו טעמא משום דאלומי הוא דאלים לדינא, ולהכי הוא דקם דינא. למה הוצרך לאוקמא הא דזיכה אה"ח בהיה לו משכון, לוקמי' כפשוטו במלוה בשטר ונטל השטר מיד המלוה והחזיר ללוה, דבכהאי גוונא בשלים שהחזירו ללוה מחייבינן מדינא דגרמי כמבואר בש"ך [סי' כ"ה ס"ק ד']. אלא מדלא מוקמינן ליה במלוה בשטר שמע מינה דטעמא דר"ח הוא דגבי דיין ליתא לדינא דגרמי, דבדיין פטור כל שאינו מזיק ממש, ומשום הכי הוא דמוקים ליה כשנו"ב בגוף הממון:

סימן נב

בדיני שקול הדעת

עתה נבאר דעת בעל המאור בסוגיין וכוונתו לאשורו כפי הנראה לפי ענ"ד:

א **הנה** ראשית השגתו של בעה"מ על מש"כ בהלכות שפירש בדברי רב יוסף דמתניתין דבכורות מיירי במומחה, והקשה על זה דהא ברישא דמתניתין קתני מי שאינו מומחה וראה את הבכור, ומסתמא בסיפא דומיא דרישא, וסתר הרמב"ן דבריו דהרי גם רישא מיירי במומחה דגמיר וסביר. אלא מפני שלא נטל רשות מהנשיאה, ומשום גדרו של נשיא הוא כדאיתא ביומא [דף ע"ח], ונראה דכוונת בעה"מ הוא דנהי דבעצמותן שוים, דגם ברישא מיירי שהוא בעצמותו, דהיינו שגמיר וסביר ובקי במומים, מכל מקום לענין תכליתם רחוקים המה מרחק רב, דמכל מקום מיירי רישא באיש שאינו רשאי להכניס את עצמו בזה, וסיפא מיירי במומחה שרשות בידו לדון ביחידי, ובשלמא לפירוש רש"י באוקימתא דרב יוסף דמיירי באינו מומחה, הוי סיפא דומיא דרישא שוין בעצמותן בענין תכליתם, דבתרווייהו מיירי באיש אשר בעצמותו אינו רשאי להזדקק, רק דסיפא דן את הדין וט' מיירי שנשלם לו מצד בעה"ד מפני שקבלוהו עליהם, וברישא אפי' כשקבלו עליו לא מהני מידי, דכל עיקרו מפני גדרו של הנשיאה הוא, אבל לפירושו של הרי"ף בדברי רב יוסף דמיירי בסיפא במומחה שבעצמותו רשאי לדון, ורישא מיירי באיש שאינו רשאי להזדקק בענין זה, כן נלע"ד לפרש דברי רז"ה שלא יהיו תמוהים מגמרא שלימה, ולרמב"ן ז"ל כיון דשוים בעצמותן אע"פ שאין שוים בתכליתם לית לן בה, וזה פשוט:

מש"כ בעה"מ דאוקימתא דר"ח אליבא דרבנן, ואנן דפסקינן כר"מ מוקמינן למתניתין כרב ששת, כוונתו כמ"ש לעיל [בסי' נ"א אות ח'] בדברי רי"ף שמביא בשם הגאון, והן המה הדברים שמביא הרז"ה בשמו:

שם וז"ל הלכך ליתא לאוקימתא דר' אלעא דהכא, ולא לשינוייא דר"ח דהכא, וכר"י ור"ש וכרב נחמן קיי"ל דלא פליגי אהדדי וכו' ולא איפשר וכו' דקיי"ל כרב נחמן בדיני, ור"ש נמי מודה להו דקאמר חדא ועוד קאמר ליה עכ"ל, ויש להבין דאיזה ראיה מדברי ר"ש דמשני אליבי' דחדא ועוד קאמר, ונראה בכוונתו דקשי' ליה כקושיית מהרש"א דהיאך נכלכל לר"נ עובדא דר"ט ור"ע, דלדידי' ליכא לשנויי דחדא ועוד קאמר, שהרי גם בשקה"ד נמי נפטור מהאי טעמא כיון דאילו הוי קמן הוי הדר ע"י ר"ע שגדול ממנו. איברא למאי דמפרש ואזיל כאן בקצרה דדוקא טעה בדמ"ש הוא דחוזר ואינו משלם, כוונתו אפי' היכא דליתא דתיהדר, ומבאר הדברים ביותר לקמן בבא ד' שהוא משום פשיעותא דבע"ד. אבל בשקה"ד דלא נודע טעותא ליכא פשיעה, ועוד דגם זולת זה ניחא, דאפי' לר"נ איתא להאי חדא ועוד קאמר, למאי דמפרש בריש דבריו וביותר בבבא ג', דהאי דאמר ר"נ דגדול הימנו מחזיר, הוא דווקא במומחה [ועי' מ"ש לקמן באות ג'] דפטור לשלם ומשום פסידא דבע"ד, וא"כ שפיר קאמר ליה ר"ע לפוטרו משום זה עצמו כיון דמומחה אתה, ולמה לי למיהדר בתר מילתא יתירתא ללא צורך, דכיון דלא מהדרינן בשקה"ד אלא במומחה, דמשום דפטור הוא דמהדרינן ליה. איברא הא תינח לר"ש, אבל לאוקימתא דר"ח צ"ל דחדא ועוד קאמר ליה, חדא משום דלא נו"נ ביד, דבשקה"ד ודמ"ש שוים בזה דחוזר ואינו משלם אפי' בליתא דתיהדר, ועוד אפי' נו"נ, מומחה אתה, וא"כ למאי דפסיקא ליה לקמן בבבא ד' דבדמ"ש אפי' נו"נ פטור משום פשיעותא דבע"ד והוה ליה תלתא, חדא דדמ"ש הוא דאפי' נו"נ ביד פטור, ועוד משום שקה"ד ולא נו"נ ביד, ואפי' נו"נ פטור משום מומחה, וכמו שנבאר לקמן [בסי' נ"ד אות ב'] בדברי הכסף משנה, הרי איכא תלתא צדדים לר"ע לפוטרו, חדא מפני שלא נטל ונתן ביד, דאזי בכל גווני אי איפשר לחייבו, ואפי' כשנו"נ ביד איכא תרי צדדים לפוטרו, חדא שטעה בדמ"ש דפטרינן לי' משום פשיעותא דבע"ד, ועוד דאפי' בשיקול הדעת נו"נ פטרינן ליה משום מומחה לב"ד:

עוד שם וגמרא נמי מוכחא בכמה דוכתי דקאמר מומחה פטור, וכללא הוא שכל המומחה לב"ד פטור מלשלם, ואף בטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני כולם מומחין פטורין בכהאי גוונא, כוונתו לאחר שיסד דקיי"ל כרב נחמן בדיני, חזר לבאר דעיקר הדבר בפירושו דר"נ דמחלק בין גדול הימנו, הוא רק לענין חזרת הדין, ולא כפירושו דהלכות שהוא לענין חיובא ופטורא דמומחה, ועל זה כתב דמסתימת הש"ס בכמה דוכתי דמומחה פטור, משמע דאפי' כשיש גדול הימנו, וכן בטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני דפטרינן למומחה, משמע דלא מפלגינן בין מומחה למומחה שיש גדול הימנו לענין תשלומין:

ב **בבא** תנינא מומחה שיש גדול ממנו מחזירין ופטור מלשלם, כדאוקמא ר"נ למתניתין דהכא וכו', ודייקינן לה להאי בבא משמעתא דהכא ומשמעתא דאמירה בפרק קמא אמר ר"נ כגון אנא דייני דיני ממונות ביחידי וכו' עכ"ל. וצריך להבין דברי קדשו בראיה זו שהוא רק לענין קיום הדין ולא לענין תשלומין כשטעה. ונראה דלאחר שחידש הבעה"מ שני דינים בבבא זו ולקמן, חדא דבי תלתא ואית בינייהו חד דגמיר וסביר דפטורין אפי' בדלא קבלוהו ולא נקיט רשותא, כיון שנגמרה המחאתו, ועוד חידש לקמן [בבבא ג'] דב"ד של שלשה ואית בינייהו חד דגמיר, דצריכין לשלם אפי' בדקבלוהו כיון דלא נגמרה המחאתו. והרא"ש בפסקיו חולק בשני דינים אלו, וס"ל דבי תלתא ויש ביניהם חד דגמיר וסביר ולא קבלוהו צריכין לשלם, ובי תלתא וחד דגמיר ולא סביר וקבלוהו פטורין לשלם, והיינו טעמא, דהרא"ש ס"ל דעיקר פטורא ביחיד מומחה וקבלוהו הוא משום מילתא יתירתא, משו"ה ס"ל דהוא הדין בי תלתא ואית בהו חד דגמיר וקבלוהו פטורין, שהרי גם בלא קבלוהו יכולין לדון בע"כ, והשתא דקבלוהו עלייהו מהני נמי לענין תשלומין, וממילא נידון דבלא קבלוהו אפי' יש בהם חד דגו"ס חייבין לשלם, דמכל מקום לא ניכר לן למילתא יתירתא, והבעה"מ ס"ל דלאו משום מילתא יתירתא הוא דפטרינן ליה, רק משום דנתברר המחאתו ע"י נטילת רשות, או ע"י קבלת בע"ד וכמ"ש לקמן [בבא ג'], וגם הנטילת רשות משום האי

טעמא

טעמא מהני לפוטרו, ולא משום הפקר ב"ד כדמפרש רש"י [דף ה'] ד"ה שבש. ולפ"ז נראה לענ"ד דהכי שייטא ראייתו, מדמיבעיא ליה לעיל גבי ר"נ אם צריך גם לנטילת רשות למידן יחידי אם לא, והשתא אם נימא דכל עיקר פטורא דיחיד מומחה ונטילת רשות או דקבלוהו, הוא משום מילתא יתירתא, מאי קא מיבעיא ליה שהרי מוכח להדיא מדרב ושמואל, דאמרי דמאן דבעי למידן דינא ולמיפטר לינקוט רשותא מר"ג, הרי דבע"כ צ"ל דגם בלא נקיטת רשות יכול לדון בע"כ, והשתא דנקט רשות דאיכא מילתא יתירתא משו"ה פטרינן ליה, אלא ודאי דלאו בהכי תליא אלא משום בירור המחאתו הוא דגרמא ליה, ובזה יתבררו שני דינים הנ"ל שחידש, [ועיין מש"כ לעיל בסימן אות בארוכה בדברי הרא"ש ובעה"מ]:

ג **בבא** תליתאה וז"ל בתוך הדבור אי נמי גו"ס ולא נקט רשות ולא קבלוהו עלייהו בע"ד ואפי' יש גדול הימנו היינו מתניתין דבכורות וכו', כצ"ל וכמו שהגיה הש"ך [בס"ק י"ד אות ז'] שם בסוף הבבא וז"ל אלמא אפי' בתלתא נמי כל דלא סביר חד מינייהו אע"ג דגמיר מיחייבי לשלומי, כצ"ל. ודע דלדעת המאור והרא"ש תרווייהו מסכימין להלכה דכל היכא דיש מקום לחייב את הדיין לשלם, כגון בגמיר וקבלוהו, או בגו"ס ולא קבלוהו, אזי אפי' ביש גדול אין מחזירין כשטעה בשקה"ד, אבל בטעם הדבר מרחק רב ביניהם, דלדעת הבעה"מ נראה בעליל ברים דברי קדשו דמלד שורת הדין מן הראוי לומר דלעולם בשיקול הדעת קם דינא אפי' כשיש גדול ממנו, אלא משום פסידא דבע"ד הוא שמחזיר במקום שלא נוכל לחייב את הדיין, לכן כל היכא דיש מקום לחייבו אזי קם הדין על תלו בין הבע"ד כפי שורת הדין, ולדעת הרא"ש נראה להיפוך דכל היכא דנוכל להחזיר מחזירין, אולם במקום דנוכל לחייב את הדיין הוא משום דקנסינן לדיין על שגגתו, ומשום דראוי לקונסו הוא דאין מחזירין, וכפ"מ נראה לפענ"ד דהיכא דאין לו לדיין לשלם, דלדעת הבעה"מ קם דינא ולא מחזירין כפי עיקר הדין, דמשום פסידא דבע"ד דיו לבע"ד כשיש לו מקום לתבוע אלל חד מנהון, או אלל הדיין או אלל הבע"ד שכנגדו, אבל לא שנרחיב לו עוד לתבוע אלל שניהם, ושיהיה האחד ערב בעד השני, שזכות זה לא היה לו גם בטרם שעמדו לדין. [וכן נראה לדעת הרי"ף דעיקר החלוק בין נוכ"ב, הוא מלד פסידא דבע"ד, דאפי' כשאין לו לדיין לשלם אפ"ה קם דינא, כיון שיש לו מקום לתבוע. מזליה הוא דקא גרם דאין לו לשלם, אכן אין עלינו להעדיף כחו עוד לתת לו מקום לגבות משנים תמורת האחד שהיה לו עד שלא ירד לדין, שבאם חפס שכנגדו ממנו אין לו מקום לתבוע רק מבעה"ד, ועתה שהתפיסו הדיין ע"י שטעה בשקה"ד, יכנסו שניהם הדיין והבע"ד להשלים הפסדו]. ואיברא לדעת הרא"ש דמן הדין ראוי להחזיר הדין, רק שראו חז"ל שיש לקנוס לדיין על שגגתו, והשתא שאין לו לא מסתבר דמפני שראוי לקונסו יפסיד הלה את שלו, ועוד דעה שלישית בזה דאפי' היכא שיש מקום לחייב את הדיין אפ"ה מחזירין כשיש גדול, והוא דעת בעל העיטור ונמוקי יוסף, ודעת תוס' ורי"ף ורמב"ם דלמסקנא ליתא לדר"י ור"נ, ולעולם אין מחזירין לרב ששת כשטעה בשקה"ד, רק לדעת הרי"ף והרמב"ם כשלא נוכ"ב מחזירין משום פסידא דבע"ד, משמע אפי' כשאין גדול ממנו מחזירין ע"פ עצמו:

ד **בבא** ד' וכו', עד תשובתך טעמא של דבר זה כעין ההוא טעמא דפרישנא לעיל וכו' עכ"ל. וזה תמוה דמפני שתיקותו של זה נפסיד את שלו אפי' כשנוכ"ב היכא דליתא דתיהדר, והלא אפי' כשאמר לו קרע את כסותי חייב לדעת הבעה"מ בב"ק סוף פ' החובל, אפי' היכא דלא אתי לידו בתורת שמירה, ולא עוד אלא אפי' כשהניח גחלת על שורו של חבירו בפני הבעלים חייב לשלם, אפי' היכא דבקל בידו לסלק הגחלת אפי' כשלא מיחה לו, כדאיתא ב"ק [דף כ"ו.], ונראה בטעמא של דבר דמסתמא אמרינן שאין אדם רואה שמזיק את שלו ושותק [כמ"ש הרמב"ן פרק חזקת הבתים (דף מ"ב) דטעמא דחזקת שלש שנים הוא משום שאין אדם רואה חבירו מחזיק בשלו ושותק, אלא דכנגד זה איכא ריעותא למחזיק דלית ליה שטר, וכיון דאיכא ריעותא לשניהם הדרינן לכללא דקרקע בחזקת בעלים עומדת, אבל לאחר ג' שנים דליכא ריעותא למחזיק דג' שנים מזדהר איניש בשטרא טפי לא מזדהר, ולמפרע איכא ריעותא נשאר ביד המחזיק, וכעין דאמרינן כתובות (דף ע"ה:) ודאי ראה ונתפייס, וכנגד זה איכא חזקה דאין אדם מתפייס במומין]. אולם כנגד זה איכא חזקה שאין אדם מוחל על היזיקו, וחזקה אלימתא הוא לסלק לגמרי החזקה דאין אדם שותק על היזיקו, [זולת היכא שאמר לו בפירוש שיזיקנו פטור לדעת רוב הפוסקים, היכא דלא אתא לידיה בתורת שמירה, משום דהוי מזיק ברשות כמ"ש לקמן], שהרי אפי' מיגו וחזקת ממון לא מהני נגד חזקה זו, ואפי' מיגו דאי בעי שתיק, ואפי' שהוא בעיקר חזקה כמבואר ברמ"א [סי' שפ"ב] ובש"ך שם [ס"ק ב'] בלאה אמרת לקוללו, דאפי' מיגו דלהד"מ לא מהני, אבל כל היכא דאפשר להמלע ולקיים שניהם פשיטא דלא דחינן חד מקמי אידך, משום האי טעמא כשטעה בדמ"ש ונוכ"ב בפני בעה"ד, או באחד דגמיר ולא קבלוהו, או דלא גמיר וקבלוהו ונוכ"ב ונשא לאידך, כיון דאין דינו דין כלל ומהדרינן לכולי עלמא, אמרינן דלהכי שתק מפני שהחזיק את בעל דינו שלא יסרב נגד הדין ויחזיר לו את שלו עפ"י הדין, ולכן נחשב בעיניו כאילו נטלו מפינה זו והניחו באחרת, ולא נחשב בעיניו לשום היזק והפסד, ולהכי גם כשנסתיים מילתא דאי איפשר למיהדר, יהיה באיזה אופן שיהיה, או לית ליה שום דין ודברים על הדיין, דכיון דשתק אז כשנוכ"ב, כבר נתחזק הדבר לפנינו שלא נחשב לכלום בעיניו למזיק:

אולם הא תינח בדבר שבממון שבינו לבין חבירו, אבל בדיני איסור והיתר כגון בפרה דר"ט דס"ל לבעה"מ נמי דאפי' נוכ"ב בפניו פטור, דליתא לטעמא דכתיבנא, וצ"ל דמכל מקום איתנהו להני חזקות הנ"ל דסתרי אהדדי, ומשו"ה כל היכא דאיפשר לקיים שניהם אזי הוא דנתילבו יחד, ולהכי גט באיסור והיתר אמרינן מסתמא שוי' אנפשיה חתיכה דאיסורא, וקיבל על עצמו לאיסור כפי הוראתו מדשתק ולא מיחה, ואע"ג דבדבר משנה לא אמרינן שווי' אנפשיה חד"א, אפילו לדעת הראב"ד מובא בר"ן [פ"ק דמס' ע"ז]. איברא זהו בהוראה לבד או כשנוכ"ב שלא בפניו, אמרינן מסתמא לא קבל על עצמו טעות כזה, אבל כשנוכ"ב בפניו אזי איכא הוכחה דקבל על עצמו בחתיכה דאיסורא, מחמת חזקה דאין אדם רואה בהיזיקו ושותק, וכנ"ל: **עיין** בקצוה"ח [סי' כ"ה ס"ק י'] שהקשה מסוגיא זו על דעת הבעה"מ ס"פ החובל, דגם כשלא אתיא בידיה בתורת שמירה ואמר ליה קרע את כסותי חייב לשלם, אלא כשאמר לו והפטר, ובגמרא ריש סנהדרין [דף ו'] דמשני לר' אבהו דמתניתין דדן את הדין, מיירי בדקבלוהו, ומקשה אי הכי אמאי משלם דאמר ליה דיינת לן דין תורה. [ונראה דקשלקא דעתא דבכתמא הוי כקיבל עליו בין לדין בין לטעות, ומשני דהתם קבלה הוי כאמר ליה דיינת לן ד"ת, ובירוש' כן הוא למסקנא, ובמתניתין מיירי דאמר בפירוש ד"ת]. ולפי"ז מבואר כשאמר בפירוש בין לדין בין לטעות, פטור אפי' בגמיר לחוד, וקשיא לדעת המאור הנ"ל דהכתי יתחייב כיון דלא אמרו ותפטר. ולפענ"ד נראה כיון דכל עיקר טעמא של הבעה"מ הוא משום דמסתמא אין אדם מוחל על נזקו כמ"ש לעיל, [וטעמא דכל הפוסקים דפטרו הוא רק משום דהתורה לא חייבה המזיק כשהבעלים ליוהו להזיק, כמ"ש הקצוה"ח (סי' רמ"ו) עי"ש, אבל כולי עלמא מודים דבסתמא אין אדם מוחל על נזקו], וזהו כשאין שום לד שירויח רק שיוזק, אבל הכא איירי דבעי לקנות כשיזכהו, מקנה נמי לגמרי כשיחייבהו, וכעין סברת התוס' בשנים שאמרו זא"ז, בב"מ [דף ע"ד] בד"ה הכא, [וברמ"א חו"מ סי' ר"ז סעיף י"ג], ואין לומר דשאני הכא דמאי איכפת ליה בחיובא דדיין, דכיון דבין כך ובין כך יקום הדין ביניהם, דמכל מקום כיון דכל א' מהם יעלה על דעתו שהוא יקיף בטענתו ויטה את הדין לגדו, ובכדי שלא ישקול הדיין את מילוי הדין הדק היטב עד שיוליא הדין לאמתו, כל א' מהן קבל עליו לפוטרו בכדי שיזכהו במשקל האמון, שוב איתא בזה כסברת התוס' הנ"ל:

ועוד נראה לענ"ד דגבי אדם המזיק דריבה רחמנא דחייב על האונס כרלון, דבכל דבר דהוה ליה לעיוני ולדקדק היטב, נעשה כשומר על גופו בכל דבר שהוא כעין אבידה [כמ"ש תוס' ב"ק ר"פ המניח תוך ד"ה ושמואל אמר] כמו ש"ש שקבל על עצמו בחפלי חבירו, וכשם ששומר שכר יכול להתנות בתחלה על מנת שלא אתחייב באחריותו, הה"ד נמי בנזקין שחייבו רחמנא בשמירת גופו בדבר דהוה ליה לעיוני יכול נמי להתנות כשנכנס לעסק זה מדעת הבעלים שלא יתחייב באחריותו, ומשו"ה גבי דיין שנכנס לזה מדעת הבעלים, וכל עלם חיובו כשטעה מפני שנעשה כשומר על גופו בכל דבר שהוא במשקל דאבידה, לכן כשהתנה בין לדין בין לטעות פטור לשלם, מידי דהוה כשומר בשל חבירו שהתנה על מנת שלא יתחייב באחריותו, [ואע"ג דבע"ד התנו כן ולא הדיין בעלמו, לא אמרינן פומי מילי בעלמא הוא, כמ"ש תוס' ב"מ (דף ס"ו) ד"ה פומי, ורמ"א (רים סי' ר"ז) וסמ"ע שם (ס"ק ד') דכל שהתנו בשכנגדו בתחלה, מהני כאילו התנו בעלמו], אבל במזיק בידים כגון בקרע את כסותי דלאו משום גדר אחריות הוא לא שייך כלל טעם

זה

זה לפוטרו, ועיין תוס' כתובות [ריש פ' אע"פ] שהקשו בהא דקרע על מנת לפטור דהא הוי כמתנה על מש"כ בתורה. ולדברינו הנ"ל י"ל כיון דגבי מלוה שחייב מצד הסברא לא נכנס בסוג מתנה על מש"כ בתורה כמ"ש תוס' שם, ה"ה נמי מזיק בידים, דדוקא בדבר דהוה ליה לעיוני או שהזיק ע"י ממונו דהוא שריבה רחמנא לחייבו, כגון זה הוי מלוה הכתובה בתורה:

ה **עוד** שם בבעה"מ [בבא ד'] וז"ל, ואם כפאו לבעה"ד ובע"כ נו"נ בשלו, אם איפשר להחזיר את הדין מחזירין אותו, ואם אי איפשר דנין אותו כדין גזלן ולא מיקרי עליה שם דיין כלל, עכ"ל. ויש להתבונן דבהלכות [בבא ה'] דייק בזה להיפוך וז"ל, ואי טעה וקא אנס ליה לבע"ד וכו' ונו"נ, מחוייב לשלומי מדיליה, והדר הוא ושקיל מהיאך משום דדיניה לאו דינא הוא, עכ"ל. אלמא דיכול לתבוע מתחלה את הדיין, ובאם דעתו לחלוק עליו, היה לו להביא מה שכתב בהלכות ולהשיב עליו, ועוד כיון שכתב בעה"מ בעצמו דאם אי איפשר דנין אותו כדין גזלן גמור, הרי דיש עליו דין גזלן, א"כ גם בדאיפשר להחזיר יכול לתבוע מהראשון, כיון דגזלן הוא השבה בעי למיעבד, וממילא נשמע שבאם ירצה יכול לתבוע מהשני, דפסקינן כרב חסדא [ב"ק דף קי"א:] בגזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה ורצה מזה גובה. ונראה דמכללות דברי ר"ח נשמע דפשיטא היכא דמעיקרא שווי' ד' ולבסוף כשהוציאה השני מן העולם שווי' זוזא, דיכול לתבוע את הראשון אפי' היכא שהשני רוצה לשלם לו, וכן להיפוך היכא דמעיקרא שווי' זוזא, ובשעה שהשני הוציא' מן העולם שווי' ד', דאז גם כשהראשון רוצה לשלם יכול לתבוע את השני, וכדאמר רבה פ' מרובה [דף ס"ה] ומה לי הוא מה לי אחר. איברא דוקא כשהוציאה השני מן העולם, אבל היכא דנהדרה אצלו דאפי' כשמתכוין השני לגוזלה פטור מאחריותה, כיון דאין עליו שום חיוב מחמת גזלן, כיון שכבר יצאה מרשות בעלים ע"י הראשון, וכמ"ש הקצוה"ח [סי' ל"ד] בדברי הריב"ש ורמ"א שם. איברא היכא שהשני נטלה באופן דקא סבר שהיא שלו והוציאה מן העולם, דאזי לדעת הקצוה"ח שם בדברי רבה, דהיכא דתברה או שתייה משלם ד' שהוא מטעם מזיק, אזי גם בזה השני חייב, דמזיק חייב אפי' בדלא ידע, כל שהוא במשקל דאבידה דקרובה לפשיעה, והכא נמי כשנטלו מרשות חבירו דהוי ליה לשיולי ולחקור היטב, [ולא דמי ליתמי דטבחוהו ואכלוהו דפטורין משום מזיק, כמ"ש תוס' ר"פ המניח ד"ה ושמואל, כיון שהיה ברשות אביהם, דחזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו], אבל לדעת הנתיבות דפירש שם בטעמא דרבה דע"י שינוי נעשה גזלן חדש אפי' כשכבר יצאה מרשות בעלים, אזי בכסבור שהיא שלו אי איפשר לחייבו, דאי איפשר לכנות לו שם גזלן היכא דלא נתכוין. ולפענ"ד העיקר בזה כדברי הקצוה"ח, דכן הוא בפשטא, וראייתו שהביא בנתיבות מריש תמורה דאמרינן גבי שינוי דשייכא במלתא דאמר רחמנא לא תעביד, יש לדחות דגם גבי מזיק איכא איסורא, כדאיתא להדיא בריש סי' שע"ח, ועיין בסמ"ע שם דענין איסורא שוה לגנב וגזלן:

ולפי"ז בנ"ד דבע"ד שקלה דכסבור שהוא שלו, דאי איפשר לחייבו מחמת שם גזלן, מכל מקום מחייבינן ליה על שעה שהוציאה מן העולם כדין מזיק, וכוונת בעה"מ בזה לפרש דברי הלכות דלא נטעה בדבריו דכוונתו שכל תביעתו הוא רק על הדיין שהוא הגזלן כיון שאינו רשאי לדון [ועיין לעיל סי' נ"א אות ו'], אבל לא על הבע"ד שנטלה ממנו והוציאה מן העולם, כיון דכסבור עפ"י טענתו שהיא שלו, ותו אי איפשר לחייבו מחמת גזלן, דגבי גזלן לא ריבה רחמנא שוגג, לכן בא לפרש לן דפשיטא שיכול לתבוע מן השני משמא דמזיק דריבה רחמנא שוגג כמזיד, ובאם עודנה בעין הרי יכול לתבוע את שלו בכל מקום שהיא, ובאם כבר הוציאה מן העולם הרי יכול לתבוע ממנו מטעם מזיק, דנהי דשוגג הוא, דכסבור שהיא שלו עפ"י טענותיו ולא נוכל לחייבו מחמת שם גזילה, מכל מקום מחוייב מטעם מזיק, ולפ"ז לא פליגי בעל הלכות ורז"ה בסוג זה כלל, אלא בהלכות משמיענו דראשון מחוייב משמא דגזלן אע"ג דטעה בשקה"ד, דכיון דלאו דיינא הוא כלל ואין לו רשות להוציא מחזקתו הרי זה כגזלן, דמה לי אם גזל בעדו או שנתנו לאחרים, ורז"ה משמיענו דבאם ירצה התובע יכול לתבוע את השני תחלה אפי' דליתא בעינא מטעם מזיק:

סימן נג

עוד בדיני דשיקול הדעת

עתה נבאר דעת הרמב"ן בסוגיין בעזה"י, כאשר חנני ה' להבין דברי קדשו בכוונה אמתית לאשורה:

א **השגה** ראשונה על הרז"ה, כבר כתבתי לעיל [בסימן הקדוש אות א']:

שם וז"ל איני יודע מה הוסיף על דברי רבינו הגדול ז"ל וכבוד הגאון וכו' דהא לדידיה אכתי כר"מ מיתוקמא, דהא רב חסדא גופיה אמר וכו', ואילו הוי פירוקיה דר"ח ור' אלעא אמר רב אזלי בחד טעמא, בוודאי הוי אמרי וכו', מדלא אמר הכי ש"מ דתרי סברי נינהו, ר"ח מתרץ מה שעשה עשוי, ומר מתרץ ומשלם מביתו לחוד עכ"ל. משמע מדבריו דר"ח סבירא ליה כרב ששת דמה שעשה עשוי אפי' כשלא נשא ונתן ביד, אך הא דמשלם מביתו איירי כשנשא ונ"ב, א"כ אמאי משלם בטימאה את הטהור כשנו"נ, כיון דבלא זה גם כן טמאים הם, כקושי' תוס' בב"ק [דף ק'] וכן בזיכה את החייב ג"כ קשה דכיון דאמר פטור אתה הרי המשכון שביד המלוה הוא של הלוה, כיון דכבר נפיק שיעבודו, [ודומה להא דאיתא בב"ק דף מ"ט: גבי משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר עיי"ש], ומה הפסידו בנטילת המשכון מיד המלוה, כיון דבלא זה צריך בעל כרחו להחזירו לידו, אם לא דיש מקום לומר דר' אלעא ס"ל בזה כר"י ור"נ, דביש גדול ממנו מחזירין וכשיטת בעה"מ והרא"ש, דהיכא דמחוייב לשלם, אזי אפי' ביש גדול אין מחזירין, רק במומחה דפטור מלשלם הוא דמחזירין כמש"ל [בסי' הקדוש אות ג']:

והשתא ניחא דכל כמה שלא נו"נ פטור מלשלם לר' אילעא אליבא דרבנן, וכל כמה דפטור הרי מחזירין ע"י גדול, ומשו"ה כשנו"נ דיש מקום לחייביה אפי' אליבא דרבנן, ומשו"ה אין מחזירין, אבל בדליכא גדול אזי אפי' כשלא נו"נ קם דינא, משא"כ לר"ח דאית ליה משום פסידא דבע"ד, אזי לעולם מחזירין, רק כשנשא ונתן ביד והוא דחייב לשלם, הוא דקם דינא, ובמומחה אפי' נשא ונתן ביד מחזירין:

ב **עוד שם** ואילו אמר ר"ח בשלא נו"נ מה שעשה עשוי ופטור מלשלם, הוי איפשר להו למימר דלא ס"ל כר"מ, אלא השתא כיון דמחזירין לא מפקא מדר"מ כלל, אלא דלא ס"ל לר"מ לחיובי דיין בגרמא בעלמא, ולא בעי נמי וכו', ומשו"ה אמר מחזירין וכו', וכיון דמדינא מחזירין וכו', ועיי"ש היטב שמאריך בזה לקמן והרבה להפליא כנגד החולקים, וכתב שם ותמה על עצמך לא יהיה הדיין וכו', ובתוך הדברים חיזק הדבר דבמקום דאילו הוה קמן הוי הדר פטור אפי' לר"מ. ודברי קדשו אינם מובנים למעיין במשפט ובמיתון ובצדק, שהרי עיקר הקושיא שהקשה עליהם מעיקרא, דהשתא כיון דמחזירין לא מפקא מדר"מ כלל, קשיא גם לדידיה ולדעת הלכות, דמנא להו דבדיין ליתא לדינא דגרמי אפי' לר"מ, דהשתא כיון דמחזירין גרמא בעלמא הוא, כמו שמביא בעצמו מפירש"י, אלא בע"כ צ"ל דעיקר ושורש הדברים נשמע ממסקנא דרבינא דאפי' בזיכה אה"נ שהיזיקו ברור לא אמרי' דקם דינא וישלם מביתו, א"כ גם לדידהו נשמע ממסקנא זו, דר"ח אליבא דרבנן הוא, דאליבא דר"מ אמאי לא אמרינן בזיכה אה"נ דק"ד אפי' כשלא נו"נ, דמאי שנא כיון דהיזיקו ברור, גם לבד מזה נגשש בדברי קדשו מרישא לסיפא, כאשר ימשש העור באפילה, דכיון דכל שטחיות דבריו אליבא דר"ח אזד', והוא שחידש דליתא לדינא דגרמי גבי דיין כיון דאונס הוא א"כ מהו זה התערובות ועירבוב דברים בתווך, שכתב דכל היכא דאילו הוי קמן הוי פטור לאו כלום עביד וגרמא בעלמא הוא, דהשתא בדרבא מיניה ליתא לגבי דיין, מכש"כ בדזוטר מיניה, ואין לזה ענין רק אליבא דר"ש:

לכן

לבן לברר הדברים היטב, מוכרחים אנחנו להאריך קצת בעיקר דברי ר"ח, ורבינו הרמב"ן האיר עינינו בזה בקצרה ורמיזות דברים והוא, כיון דחזינן דגם בשיקול הדעת מוציאין מיד המוחזק, ואין יכול לומר קים לי, אלמא דטעות גמור הוא, אלא דחז"ל רצו לעשות תקנתא בזה, דכיון שכבר נפסק הדין, יקום דבר כאשר כבר נעשה. איברא מעיקר הדין אמרי' כבתחלתו כמו כן בסופו ומחזירין אפי' כשנו"נ, רק מצד תקנתא דחז"ל לבד נתפיס כאו בשכבר נפסק הדין, וכבר נחתך הדבר לגמרי. איברא כיון דתקנתא בלבד הוא דקם דינא, התנו חז"ל בזה שלא יתיליד ויסתעף מזה חיוב מחודש עלי אים שפטור לגמרי מצד עיקר הדין, ומשום האי טעמא הוא דאידם דדוקא כשנו"נ, דיש לחייב את הדיין גם מצד עיקר הדין בליתא דתיהדר, וגם היכא דאיתא דתיהדר, מ"מ עיקר החיוב בראשונה על הדיין שהוא מזיק ממש, שנטל ממונו ממקום המשומר ונתנו ליד שאינו ברשותו. וזהו כעין סברת הי"מ מובא בנ"י שם כיון דמזיק בידים הוא, ולהכי משום שלא יזלזלו בדין שכבר נפסק, עשאוהו חז"ל כאילו ליתא קמן דתיהדר, ולהכי קם דינא וישלם מביתו, כיון שלא מצד תקנת חז"ל נסתעף עיקר חיובא דיליה ואך מעשה ידיו הוא דגרמו ליה, אבל כשלא נו"נ ביד דמצד עיקר הדין לא מצינו מקום לחייבו, דכיון דבטעות נפסק הדין אזי מחזירין, ואפי' בדליתא קמן למיהדר אין שום צד חיוב על הדיין אפי' לר"מ דגרמא בעלמא הוא, רק דנימא בזיכה אה"ח דיקום הדין עפ"י תקנת חז"ל, ואז יתחייב הדיין מצד דינא דגרמי, אפס בכל כי האי גוונא לא נכנסו חז"ל לתקן מעיקרא במקום שיסתעף לחייב את הזכאי מצד עיקר הדין, [וכיוצא בו מצינו בש"ך יו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ז], ובעיקר זה הוא דפליגי רב ששת ורב חסדא, ר"ש ס"ל דבמקום דאילו הוי קמן הוי הדר דגרמא בעלמא הוא, וכיון דמצד עיקר הדין לעולם הדין חוזר אפי' כשטעה בשיקול הדעת, וכמלא דאפי' בזיכה אה"ח לאו כלום עבד, רק דס"ל דעשו חז"ל תקנתא זו אפי' במקום פסידא דאחריני, לכן אמרי' דקם דינא אע"פ שיסתעף מזה חיוב מחודש על הדיין, ובזה הוא דפליג ר"ח, וכשתשקול הדברים היטב, תמצא דרבינו בחדא שיטתא אזיל מתחלתו ועד סופו, והוא דאידם לן דבליתא דחייב דיין כגון בגמיר ולא קבלוהו, אזי מחייבינן לי' מצד דד"ג אפי' היכא דאילו הוי קמן הוי הדר, השתא דליתא קמן מחייבי' ליה מדינא דגרמי כמו במראה דינר, ואינו מומחה וראה את הבכור, כיון דפשע בעצמו שהזדקק לזה, אבל גבי דיינא דגמיר וקבלוהו, כיון דמלוה קעביד, אזי פטור מן הדין אפי' לר"מ, וכיון שכן ממילא נפלה בבירא כל דינא דגרמי, דהיינו בברי היזקו גבי דיינא אליבא דר"ח, דתו לא משכחת ליה ברי היזקו, כיון דמצד עיקר הדין לעולם מחזירין, וחז"ל לא תיקנו דיקום הדין היכא שע"י זה יתיליד ממילא לחייב את הפטור מן הדין, ותו אי איפשר לאחוז את החבל בתרין ראשין לפטור הדיין ושיקום הדין ביניהם, דא"כ נפסד הבע"ד נגד עיקר הדין, והם לא תיקנו רק דלא לפסיד בע"ד, וכן במומחה דפטור מצד הדין אפי' כשנו"נ, אזי מהדרינן הדבר לעיקר הדין:

איברא נהי דבשמעתין, ובמאי דמיירי בהלכות לא משכחת ליה ברי היזקו לגבי דיין, לכן די לנו במה שחיזק הדברים עפ"י דעת רש"י דהיכא דאילו הוה קמן הוי הדר, פטור לגבי הדיין אפי' לר"מ ואפי' לר"ש, [ולאפוקי מדעת תוס' דסברי דסוגיא זו גבי פרה דר"ט אזדא אליבא דרבנן, אבל אליבא דר"מ חייב]. איברא כיון דמ"מ אכתי איכא נפקותא לדינא, היכא דבע"ד קבלו עליהם בהדי הדדי דיקום הדין שילא מזה בין לדין בין לטעות שלא בפני הדיין, ובאו מעצמם לפני הדיין, דלגבי הדיין הוי כקבלה סתם, וגילו לו דלענין קיום הדין התנו ביניהם, ולא לפוטרו, וטעה בשיקול הדעת דהשתא ברי היזקו, ואפ"ה פטור אליבא דר"ח רק בנו"נ, דאי לא תימא הכי למה ליה לאוקמא כשנו"נ, לוקמא בכהאי גוונא דברי היזקו, וזהו מצד הסברא, דכל שידע שמזיק לחבירו, תו לא איכפת ליה לאידך באונסא דידיה, ובזה איפשר לחלק ולומר דע"י דיבורא לחוד לא מחמרינן כל כך, ולזה מביא ראיה מב"ק, והתפלא על החולקים ולא יהיה הדיין אלא וכו', כיון דמלוה קעביד ולביה אונסיה פטור בדיבור לחוד:

וצריך להבין דאכתי מה ראיה מהתם, שהרי לדעת תוס' ב"ק ריש פרק המניח ד"ה ושמואל, ובב"מ [דף פ"ב] ושאר פוסקים, וכ"פ בש"ע [סי' שע"ח], צ"ל בהאי דלביה אונסיה שהוא כעין אבידה, דכל שהוא במשקל דגניבה לא חייביה רחמנא גבי מזיק, [והא דמחייבינן בב"ק גבי אונס כשנו"נ, בשנים שבעלי התוס' ס"ל כדעת הרי"ף בזה דאפי' גבי אונס נפשות ממש חייב, עיין ב"ק (דף קי"ז:) בתוס' ד"ה ואי לאו (דדוקא בפקדון פטור דעל דעת כן מסרו לו), והטעם כיון שידע שמזיק לחבירו משא"כ באונס דתלוי בעיונא לא חייביה רחמנא אלא במשקל דאבידה, וכמ"ש הש"ך שם בס"ק ב']. ולפי"ז אכתי לא נשמע לן לחלק בין היזיקא דע"י דיבורא למזיק ממש, רק באונס נפשות היכא דידע בעצמו שמזיק לחבירו, אבל בדבר שהוא במשקל דאבידה דנתרבה מפצע תחת פצע, וכיון דדינא דגרמי דאורייתא, [לדעת כמה פוסקים ובפרט לשיטת הרמב"ן] מנלן לומר דקאי רק על מזיק במעשה, ולא בעל ידי דיבורא. איברא הרמב"ן לטעמיה דסבירא ליה בפרק המניח, וכן בשמ"ק מביא בשמו בסוף פרק האומנין, דאדם המזיק חייב אפי' באונס גמור, אפי' היכא דלא ידע ולא נתכוין כלל, דס"ל דרבויא דקרא קאי אפי' על אונס גמור, ולפ"ז גבי אונס דמחייבי' כשנו"נ הוא גם כן מרבויא דקרא, ואפ"ה מחלקינן בין דיבורא למעשה, ומשום ה"ע נמי פטרינן גבי דיין, רק בשנו"נ כיון דחזינן להדיא בגמ' דרבויא דקרא לא נקטינן רק על מזיק ממש, וכיון דראיה זו ליתא אלא לשיטתיה, לכן מהדר בתריה ולאלומי ליה גם אליבא דכ"ע, והביא מדברי רבה שם דאם הראה מעצמו כנו"נ דמי, שכבר דקדקו רבותינו שם מאי אתי לאשמעינן כיון דלא פטרינן בברייתא אלא באונס, לכן מרמז לן דהכי פי', דלא תימא דוקא באונס נפשות הוא דפטרי', אבל באונס שהוא כעין אבידה שהוא מרבויא דקרא אין לחלק בין דיבור למעשה, לזה אידם רבה דדוקא כשהראה מעצמו ממש הוא דחייב כנו"נ, אבל כל שהוא אונס קצת אפי' כעין אבידה פטור:

איברא נלענ"ד דזהו כשהוא במשקל דאבידה הוא דפטרינן להפוסקים כר"ח, אבל כל שהוא במשקל דפשיעה חייב אפי' בע"י דיבורא, וראיה לזה מדברי תוס' הנ"ל דסברי דרבויא דקרא לאו מילתא דפסיקא הוא ולומר דחייב בכל ענין אפי' באונסא דכעין גניבה, אלמא דמסתבר להו דממעטינן לה בכל מה דאיפשר, ואמרי' ביה תפסת מרובה כו' וכמו דאמרינן ליה בעלמא, וא"כ מנ"ל דעל אונסא כעין אבידה קאי, דילמא לא קאי אלא אפשיעה לחוד, א"ו דזה ידע מסברא החיצונה שהוא כמזיק במזיד ממש, וא"כ בע"י דיבורא נמי. [איברא לדעת הראב"ד וסייעתיה בסי' שפ"ח, וכן הסכים הש"ך לשיטתם שם, דבאונס נפשות ממש שאנסוהו ליטא וליתן להם של חבירו פטור, וקשיא להו מנרדף ששיבר כלים של כל אדם דחייב, ומאי כיון דמציל א"ע עי"ז מסכנת נפשות, דאין לומר דבלא זה יכול להציל א"ע, א"כ אפי' שיבר כלים של רודף נמי חייב, דמידי הוא טעמא אלא משום דלא חמור ממונו מגופו, וכשיכול להציל א"ע בלא זה גם על גופו חייב כדאיתא שם בסנהדרין (דף ע"ד) ביכול להציל את עצמו בא' מאיבריו, ויש לומר דשאני התם כיון שאין האונס על גוף הדבר, רק שמרצונו מציל א"ע ע"י היזיקו של חבירו בכה"ג לכ"ע חייב, ודמי לאונס שבא להורגו והוא מציל א"ע בש"ח, וכן פירשו שם הברייתא דקתני ואם נו"נ חייב דמיירי בכה"ג. ולפי"ז יש לדקדק קצת על תירוצו של הש"ך (בסי' שע"ח), דהרי לשיטתו עדיין תירוצו אין מספיק לגמרי כמובן]:

ועיין לעיל [סי' מ"ט אות ו'] מש"כ שם להקשות לאוקימתא דר"ח, דא"כ במומחה וקבלוהו אמאי פטור, עיקר קושיא זו הוא לדעת רמב"ן דמחייב באדם המזיק אפי' באונס גמור, דלדעת תוס' לק"מ, כיון דלא מחייבינן אלא במשקל דאבידה, וכיון דמומחה הוא וקבלוהו על עצמם ילא מכלל אבידה, ועיין לעיל מש"ש לתרץ ונכון הוא, וכאשר שמתי עיוני בשמ"ק ס"פ האומנין למדתי ממנו תירוץ אחר, וז"ל ועוד הביאו טבח אומן שקלקל דפטור, ואמאי אדם המזיק הוא, וכי נמי סבירא לן אנוס הוא ליחייב, וזה ודאי קשה עליהם כיון דמחייב בשכר אלמא כעין גניבה ואבידה הוא וכו' ופטרוהו באנס, אלא שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק וכו' עכ"ל, כוונתו דאדם המזיק הוא, כשתחלת משמושו ועסקו בשל חבירו הוא שלא ברשות בעלים, משא"כ בטבח אומן שקלקל שתחלתו ברשות בעלים, וממילא מובן דה"ה נמי במומחה וקבלוהו, כיון דירד מתחלה ברשות:

ג **בקונטרס** הגאון ר' חיים יונה זצ"ל תמה על הרמב"ן בס' המלחמות, שהשיג על בעה"מ מהא דכתובות דון דייני כר"ע ואהדר לעובדא מיניה, א"ל ר"י עשית כשל תורה, ומפרש בגמ' מר סבר טועה בדבר משנה הוא ומר סבר טועה בשיקול הדעת הוא ואינו חוזר, וקשיא לבעה"מ דאיהו אמר, תלתא דאיכא חד ביניייהו דגמיר וסביר אע"ג דלא נקיט רשותא ולא קבלינהו פטורין מלשלם ומחזירין, והתם סתמא אמרינן דון דייני משמע בי דינא דקביעי דאינון תלתא. וא"א דליכא חד דגמיר וסביר, ואפ"ה אי טעה בשיקול

הדעת

הדעת אין מחזירין, והקשה שם ז"ל ואי בעיי כו', ועל קושיא הראשונה אני אומר וכו', דהא ליכא דגמ' בהסוגיא דהכותב לא אידכר ביה שיקול הדעת כלל, אלא ה"ג ליה דמר סבר הלכה איתמר ומ"ס מטין איתמר, והא ודאי שיקול הדעת כו' עדיף ממטין, דהא משום סוגיא דעלמא מפקינן ממונא מידא דמוחזק כו', ואילו משום מטין לא מפקינן מידא דמוחזק, כדמוכח בההיא שמעתא דפ' הכותב וכו', וכיון שכן, מעתה אין שום קושיא מההוא דהתם, דודאי כיון דמטין בעלמא הוא, הוה ס"ל לר"י דלא ליהדר עובדא דיהבי לה כבר היתה מוחזקת כו', וכיון דמשום מטין אפי' תפסה מעלמה א"א לאוציא מידה כו', אבל טועה בשיקול הדעת כיון דאלים לאפוקי אמטולתא אם יש גדול מחזירין עד כאן לשונו:

ונלע"ד דדברי הרמב"ן נכונים וברורים, דאין הכי נמי דודאי מטין גרע מסוגיא דעלמא כמ"ש הגאון רח"י, וכן פי' בתוס' שם. אמנם הרמב"ן בנה קושייתו על דיוק נפלא, דהנה זה כלל גמור בש"ס דכל היכא דאיפשר לקרב הדעות ולא להשוות פלוגתא רחוקה בין החולקים עבדינן כל טצדקי דאיפשר. והנה בסוגיא זו נקט בתי קצוות האחרונים בין ר"י לר"ל דמר סבר הלכה איתמר, דהיינו טעה בדבר משנה כפי' רש"י שם, ומ"ס מטין איתמר דהיינו הקלה היותר גרוע דמהני אפי' תפסה מעלמה, ומדוע לא נקט כש"ס, דמ"ס סוגי' דעלמא איתמר ומ"ס מטין איתמר, [והא לא מצי למימר דמ"ס הלכה איתמר ומ"ס סוגיא דעלמא איתמר, דא"כ תקשה לר"י דסבר סוגיא דעלמא איתמר, ואיהו גופיה פסק לקמן שם גבי קריביה דר"י דמהני תפיסה מעלמה, ובשיקול הדעת ודאי דלא מהני תפיסת בע"ד עצמו]. ולהכי אהדר ר"ל לעובדא, כדברי בעה"מ, הואיל והוו תלתא דקביעי א"א דליכא חד ביניייהו דגו"ס ופטורין מלשלם ולהכי לגבי הגדול מחזירין, א"ו דגם בשקה"ד אין מחזירין אפי' היכא דאיכא תלתא דקביעי, ולהכי הוכרח לומר דמ"ס הלכה איתמר:

ד **ע"ש** ברמב"ן ז"ל, ולענין תשלומין במקום שא"א להחזיר דינו דומה יפה למי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו, דהרי זה יקבר ומשלם מביתו ולא בעל הבכור פשע שסמך עליו, ואע"ג דהיא פשיעותא יתירתא לבעלים וכו', אלא אפ"ה איהו דגרם ההיזק משלם מביתו, עכ"ל. וזו השגה על בעה"מ שכתב דכל היכא דפשע בע"ד פטור הדיין ואפי' כשנוכ"ב, ולמאי שכ"ל [בסי' נ"ב אות ד'] בדברי הרז"ה בטעם הדבר, דבדברים הניתן לחבירו הוא מטעם אחר, ובאיסורין דלא שייך טעם זה אמרי' דמחמת חזקה זו דמסתמא שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא לכן גבי בכור דלא שייך האי טעמא אמרינן חזקה שאין אדם מוחל על נזקיו ועיי"ש:

ה **הנמוקי** יוסף בסוגיין הקשה על הרי"ף ז"ל וקשה לכלהו, אם כן דאינו חייב עד שישא ויתן ביד, היכי אמרינן לעיל האי מאן דבעי למידן וכי טעה ליפטר ליקנוש רשותא מר"ג, ומה צורך היה לו לישא וליתן שילטרך למיקנש רשותא, לא לישא וליתן ביד ובלי רשות נמי ליפטר, והיאך אמרינן ברים פירקין דמשו"ה תיקנו שישלמו הדייני' שלא תנעול דלת בפני הלווין, אכתי מה הועילו בתקנתן, לא ישאו ויתנו בידם ויפטרו עכ"ל. פי' דבריו, הגם דאם לא ישאו ויתנו ביד יהיה חוזר הדין, דהשתא ממנ"פ ליכא נעילת דלת, דאם ישאו ויתנו ביד ישלמו, ואם לא ישאו ויתנו ביד יחזור הדין, אלא דא"כ לא מהני מידי דמשלמי' משום נעילת דלת, אכתי לא ישלמו ויחזור הדין כשיטת הרי"ף דבכל מקום דפטורים מלשלם חוזר הדין, כקושיית הרא"ש על הרי"ף. אלא דע"כ צ"ל דאכתי איכא נעילת דלת היכא דליתא דתיהדר [והרא"ש שהקשה כן, משום דלא ניחא ליה דכל התקנה זו נתקנה משום דזימנין דליתא דתיהדר] וכיון שכן אכתי מאי מהני דמשלמים משום נע"ד, הלא הברירה בידם שלא ישאו ויתנו ביד ולא ישלמו:

ו **ולוישב** קושיית הרא"ש וכ"י, נלע"ד לתרץ ברווחא, דנהי דתירוצא דנעילת דלת לא שייך לר"ח. איברא הקושי' מעיקרא ליתא לדידי', דכל עיקר הקושיא דכיון דברשות נחתי לדון ע"פ תקנת חז"ל ליפטרו כמו שפירש"י, הא תינח לר"ם דמשלמים ע"פ דיבורם לבד ומשום דינא דגרמי, וכיון דברשות ב"ד נחתי הם לא פשעו בזה, וכל היכא דלא פשעו ליתא משום דינא דגרמי, וכמש"כ הרמב"ן להדי' בדיני דגרמי סוף ב"ב, דכל דינא דגרמי שהוא ע"י דבור לחוד פטור בכה"ג וכמש"כ לעיל [בסוף אות ב'], אבל כשנשא ונתן ביד שהוא מזיק ממש, דלדעת הרמב"ן אפי' באונס גמור חייב, ולא נשאר מקום לפוטרו, רק בדקבלוהו בהדי אונסא, והוא מטעם שנתגלגל האונס על ידם, וכמש"ל [בסי' מ"ט אות ו'], או מטעם שכתבנו [בסי' זה סוף אות ב']. אבל כל כמה דלא קבלוהו אפי' בג' מומחי' דסמיכי נמי חייבים לשלם כשנשא ונ"ב, כדאיתא בנ"י בסוף הסוגי' בשם הרמב"ן, רק בנטל רשות מר"ג הוא דפטור מלד הפקר ב"ד או בדקבלוהו מטעמים הנ"ל, ולפ"ז כיון דלר"ח אין מקום כלל לקושיית הש"ס לפירש"י [זולת לפירושא דתוס' שם דקושי' הש"ס אלא מעתה שעו לא ישלמו קאי דיפטרו משום נעילת דלת, (ובפרט לפמש"כ תוס' שם, דגם לפירושם לא קאי קושיית הש"ס אליבא דר"ח)]. ותו אין לתמוה על הרי"ף בקושי' הנ"ל דס"ל כפירש"י בקושי' הגמרא, וכל עיקר הקושי' לא קשה לר"ח כלל, ואין לומר דמהא גופא מוכח דאין הלכה כר"ח, כיון דסוגי' דעלמא דלא כוותי', דאין מזה הכרע דכמו כן מלינן מסתמא גם אליבא דלא פסקינן כוותי', ובפרט דלדעת הרי"ף יש כמה סתמי מעליא דאזדי רק אליבא דר"ח, והוא סוגי' דבב"ק ובכורות. לימא תנן סתמא כר"מ ומשני כשנוכ"ב, וכמו שהביא הרב בהלכות [דלאו קושי' הוא, שהרי בכמה דוכתי אמרי' כן דסתם מתני' כר"מ, אלא חקירה בעלמא הוא], ואין מקום לזה רק אליבא דר"ח, וכמש"כ לעיל [בסי' נ"א אות ג', ובסי' נ' אות י"ג] יעו"ש:

גם קושיית נמו"י מנטילת רשות יש לדחות, חדא דמסתמא ניחא ליה שיקום הדין שפסק ושלא יתבזה בפני המון ע"י חזרת הדין, ועוד כיון דלר"ח פטור עד שישא וי"ב, הרי לעולם לא ירצה המתחייב בדין לקיים הדין ע"י עצמו, בכדי שיתחייב הדיין כשישא וי"ב, ומה אהני ליה בפסק דין שפסק, ואין לומר דיכפוהו ע"י נו"ס [ש"ע סי' י"ט ס"ג], דכיון שרוצה המתחייב בקיומו עד שישא ויתן ביד, ומילתא בטעמא הוא. בכדי לתת תקוה עוד כשיתגלה טעותא, מסתבר דאין יכולי' לכפותו עוד באופן אחר, [ועוד דמבואר בש"ך ס"ק מ"ה אות ב' ובאחרונים דבכה"ג הוה כנוכ"ב]:

ז **עיין** באשר"י שהביא דברי הרב בהלכות, והשיג עליו בכמה וכמה קושיות, ומסיים ז"ל הלכך נראה דאין הלכה כר"ח וכו', וצריך להבין דאם הקושיות הללו קשי' גם לר"ח, אף אם נפרש בדברי ר"ח שלא כפירושו דהלכות, הלא מה דעני ר"ח לתרולי נפשי', יתורץ ממילא גם דברי הלכות, ומדוע נטה לגמרי מדברי ר"ח, ואם הקושיות הללו רק לפירוש דהלכות, מדוע החליט פני הדבר לפסוק דלא כר"ח לגמרי מפני נזילות קושיות הללו, הלא דברי ר"ח שרירין וקיימין בעלמותן וכפום פירוש' דפירשו בו איכא רבוותא, ונלע"ד בכוונת דבריו דכל הקושיות נסגבות שהקשה מתחלה, הן המה רק לפום פירושא דהלכות בדברי ר"ח, דעיקרו משום פסידא דבע"ד, ומשו"ה בשיפא במומחה וקבלוהו או דנטל רשותא חוזר הדין. אולם לדידיה מסתבר כדברי יש מפרשים שהביא בנ"י דטעמי' דר"ח דכל כמה דיש מקום לחייב את הדיין מלד עיקר הדין הוא דקם דינא, ולהכי כשנוכ"ב דחייב הדיין משום מזיק ממש הוא דמחייבינן לדיין והדין קם ביניהם, אבל כשלא נוכ"ב דאין עליו אלא משום דד"ג, לכן כל כמה דמלינן למיהדר ליתא לדינא דגרמי. וממילא גם היכא דליתא דתיהדר פטור, כדאמרינן בפרק דר"ט, אך יש להבין כיון דס"ל לנ"י והרא"ש דסיפא דמתניתין דבכורות קאי ארישא, וגם במומחה מה שעשה עשוי, והרי היכא דא"ל לשלם מלד עיקר הדין, אמרינן דהדר דינא. ומכ"ש במומחה דפטור לגמרי. ונראה כיון דעיקר פטורא דמומחה וקבלוהו הוא משום מזלא בישא דההוא גברא גרם ליה למיטעי כדאיתא ברש"י בסוגיין, וכן באשר"י, לכן מהאי טעמא גופי' קם הדין שביניהם. איברא הא תינח במומחה וקבלוהו, כיון שהוא גו"ס וגם הוא בעצמו קבלו עליו, אזי יש מקום לומר דמזלי' בישא דההוא גברא גרם לו שיקבלנו עליו. אבל בנ"ר מר"ג דכל עיקר פטורא דידי' משום הפקר ב"ד כפירש"י שם, והא תינח לענין פטורא דידי', אבל לענין קיום הדין דלא שייך טעם זה, אזי לאוקימתא דר"ח דס"ל דהיכא דאין עליו לשלם מלד עיקר הדין, הדין חוזר. ומכש"כ היכא דפטור לגמרי, ומסתימת הש"ס לעיל דנקט דהאי מאן דבעי למידן ולמיפטר ליקנוש רשותא מר"ג ומשמע דקם דינא, ומשום קושי' זו שהביא הרא"ש שם באחרונה, הוא דמסיים הרא"ש דאין הלכה כר"ח דסוגיא דעלמא דלא כוותי':

הקשה תלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה לבי מיכל נ"י, דלמה לו לר"ח לאוקמא מתניתין דסנהדרין כשלא נטל ונ"ב, לוקמא לתרווייהו כשנטל ונ"ב, והאי דמחזירין בדנקט רשותא דפטור מלשלם, וכמש"ל

וכמש"ל בשם יש מפרשים, דנהי דבמומחה וקבלוהו לא סברי כדעת הלכות, היינו מטעם משום מזלי' בישא. אבל בנטל רשות מודים דמחזירים, ואמרתי לו דרישא דומיא דסיפא דקתני דיני נפשות מחזירים לזכות ואין מחזירים לחוב, דלא שייך בהו נונ"ב, ומהאי טעמא חירלתי על קושי' הרא"ש שהקשה על הרי"ף, דלמה ליה לר"ח לאוקמא כאן כשנונ"ב וכו', הוה ליה לאוקמא מתניתין דסנהדרין במומחה דפטור מלשלם, ומשום ה"ע מחזירין משום פסידא דבע"ד כמו בסיפא דאידך מתני', ואמרתי דעיקר קושי' זו היא לשיטתי' דס"ל דדיין מחוייב בדינא דגרמי, אבל לדעת הלכות אליבא דר"ח דדיין פטור בדד"ג לק"מ, דאם נוקמא לתרווייהו כשלא נונ"ב אמאי משלם מביתו, ואם נוקמא לתרווייהו כשנשא ונתן ביד וכאן במומחה, לא הוה דומיא דסיפא דמיירי כשלא נונ"ב, וכיון שגם רישא מיירי בשלא נו"נ ביד, תו לית לן לאהדורי עוד ולאוקמא במומחה דוקא, [וכן כתב בתומים סעי' קטן ה']:

ח ואני בעניי נראה לפרש בטעמא דר"ח דדוקא בנונ"ב הוא דקם דינא, דמסתברא ליה דלעולם אין ביכלתו לבטל השתא בשכבר נגמר הדין, ונתחך הדבר ביניהם, כגון זיכה את החייב או חייב את"ז וכבר שילם לו ע"פ גמר דין, אלא היכא דמיפה כח הביטול השתא יותר מן הקיום שבתחלה, אזי הוא דנהרס הקיום לגמרי ותחילב פני הדבר כפי הביטול, ולהכי כשלא נטל וכ"ב מעיקרא, והשתא נטל וכ"ב להוציא מידו הוא דאזלינן בתר השתא, אבל כשנטל וכ"ב מעיקרא תו בלתי איפשר להחזיק הביטול יותר מן הקיום דמעיקרא, לכן כדקיימי קיים, וכן בטימא את הטהרות כשלא נטל וכ"ב מתחילה, והשתא כשטיהר עירבן עם פירותיו הוא דנתבטל הדין לגמרי. איברא לדעת תוס' דגם לרבנן חייב גם לר"ח בטימא אה"ע וזיכה אה"ח, אלא דאגב אחריני מפרש להו, ועיין לעיל [סי' נ' אות י"ב] מש"כ בביאור דבריהם, והשתא לפום סברא זו כשישא ויתן אח"כ על מה שלא נונ"ב מעיקרא, כגון בטימא אה"ע במותר הפירות שלא נגע בהם מעיקרא, וכן בזיכה אה"ח דמעיקרא לא נו"נ ביד, אלא בשיווי המלוה שיש עליו משכון, ואח"כ ישא בידו בכולו, ויוליא מן הלוה תשלומי כל החוב, וגם בטימא אה"ע יערב המותר שלא נגע בהם בפירותיו, אזי מן הראוי שיתקיים מיהת הביטול במותר, ואיפשר לומר דמכל מקום כיון דמעשה המקולת הוי כמעשה בטלו [כמו שכתבנו שם], תו ליכא השתא דבר יתרון במעשה דהשתא, וקלת ראיה לזה, שהרי לדברי ר"ח מעיקרא סבירא ליה כיון דאמר פטור אתה כמו שנו"כ ביד, הגם דהשתא יוליאהו בפועל ממש מן הלוה, לא הועיל לו מאומה להעדיף כחו דהשתא, כיון דגם מעיקרא דינו כנטל ונתן ביד ממש:

סימן נד

בענין הנ"ל

עוד בדברי רבותינו הראשונים נ"ע.

א עיון רמב"ם בפ"ו מהלכות סנהדרין ה"א ב' ג', ובכ"מ ה"א, דהטור ותשובת רשב"א, ס"ל בדעת הרמב"ם כדעת הרז"ה, דבדבר משנה אפי' כשאינו מומחה או מומחה ולא קבלוהו ולא נטל רשות פטורין אפי' כשנונ"ב ואי איפשר להחזיר, והכ"מ חולק בזה, דכל דנטל וכ"ב וא"א להחזיר לעולם חייב, בין בדבר משנה בין בשקול הדעת, רק בדאיפשר להחזיר הוא דמפלגינן בינייהו, דבדבר משנה מחזירין, ובשקול הדעת קם דינא וישלם, וקוטב דבריהם נשמעים מסדרו של הרמב"ם, מדנקט בהלכה א' דינו של הטועה בדבר משנה, ולא חילק בזה בין נטל וכ"ב ללא נונ"ב, ובין מומחה וקבלוהו או דנטל רשותא לפטור אפי' כשנונ"ב, ולחייב כשלא קבלוהו ולא נטל רשות, מזה דייקו הרשב"א והטור דבדמ"ש לעולם פטור אפי' כשנונ"ב, ודלא כדעת בעס"ת והרב בהלכות והרמב"ן והרא"ש, ולדעת הכסף משנה גם הרמב"ם מודה בזה לדעתם, רק משו"ה הוא דלא נקט כלל בדבר משנה דינו דנונ"ב, משום דבדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו או נ"ר חייב,

דאדעתא דהכי לא קבלוהו ולא נתנו רשות אלא בכדי שהדעת טועה, ועבידי למיטעי וזהו בשקה"ד דווקא:

ב שם בכסף משנה הלכה ב', מביא ראי' לדברי רמב"ם דבשקול הדעת ולא נו"נ ביד חייב כשאי איפשר להחזיר, דאי לא תימא הכי הוי ליה תלתא ועוד, חדא, דבדבר משנה חוזר ופטור כשאי איפשר להחזיר, ואי נמי בשקול הדעת טעית נמי פטור כשאי איפשר להחזיר, ואי נמי אפי' כשנונ"ב נמי פטור, דמומחה את, וצריך ביאור, דהשתא לר"ח קיימינן דמחלק בין נונ"ב, א"כ היכא דלא נונ"ב הדין חוזר אפי' בשקה"ד, ודבר משנה ושקול הדעת שוין בפרט זה, וא"כ הרי ליכא אלא תרי ועוד, חדא דלא נטל וכ"ב וליתא דתיהדר, ואי נמי נטל וכ"ב נמי לפטור משום דמומחה אתה. איברא שפיר דייק לשיטתיה בדברי הרמב"ם דבדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו חייב כשנו"נ ביד, דהשתא איכא תלתא, דבדבר משנה איכא חד לד מפני דליתא דתיהדר, ובשקה"ד איכא תרי לדדי, חדא משום דליתא דתיהדר, ואי נמי כשנונ"ב נמי פטורא דמומחה קיימא, ומזה הוכיח הרמב"ם דבשקה"ד חייב אפי' כשלא נונ"ב וליתא דתיהדר, דהשתא ליכא אלא תרי לדדים לפוטרו, הדא משום דבדמ"ש וליתא דתיהדר, וא"כ בשקה"ד טעית דליכא לפוטרו מטעם זה, מ"מ פטרינן ליה מטעמא דמומחה, מובן מזה דגם לדעת הטור ורשב"א בדעת הרמב"ם דבדבר משנה אפי' כשנונ"ב וליתא דתיהדר אפי' אינו מומחה פטור [דחדא מתרתי מוכרחים בדברי הרמב"ם, או כדעת הטור, או כדעת הכ"מ, מדלא מחלק בהלכה א' בין כשנונ"ב ומומחה ואינו מומחה, וליכללינהו בהדי הדדי, דבין בדמ"ש בין בשקה"ד דכשנונ"ב וליתא דתיהדר, אזי מומחה פטור, ואינו מומחה חייב] איתא ג"כ לראיה זו שהביא הכ"מ, דא"כ הוי ליה תלתא דבדמ"ש איכא חד לד, משום דאילו הוי קמן הוי הדר, ומטעם זה עצמו אפי' כשנונ"ב, מדלא מחית כמש"כ הרז"ה וכמש"ל [בסימן נ"ב] ביאור הדברים, ובשקה"ד איכא תרי לדדים, חדא משום דלא נונ"ב, ואי נמי נו"נ ביד פטור משום דמומחה את, אלא בע"כ צ"ל דבשקול הדעת חייב היכא דליתא דתיהדר דהשתא גם בשקול הדעת ליכא אלא חד לד:

איברא לדעת רוב הפוסקים דלא סברי כדעת הרז"ה, ולא כדעת הכ"מ ולא כדעת הרמב"ם דמחייב בשקה"ד וליתא דתיהדר, ולא קשי' לשיטתם קושיית הכ"מ, דלשיטתם הרי גם לר"ח ליכא אלא תרי לדדי, חדא משום דלא נו"נ ביד, דאזי שקה"ד ודמ"ש שוין, דבשניהם הדין חוזר ופטור בליתא דתיהדר, וא"כ אפי' כשנונ"ב דבשניהם חייב היכא דליתא דתיהדר, מ"מ פטרוהו משום דמומחה את, ופטור זה הוא ג"כ לשניהם בין בדמ"ש בין בשקה"ד, דוק ותשכח דרז"ה דס"ל דבדמ"ש פטור אפי' כשנונ"ב, ואפי' בשלא קבלוהו, ס"ל שם דבשקה"ד חייב בליתא דתיהדר, דהרי הקשה שם אפי' על דבר משנה אמאי פטור בליתא דתיהדר, דליחייב משום דינא דגרמי, ותירולו ליכא גבי שקה"ד וכמ"ש לעיל בסי' נ"ב [אלא דהכתי אינו מוכרח דס"ל כן לר"ח, דרז"ה לא מחייב בשקה"ד בליתא דתיהדר אלא לרב ששת], ולדעת רמב"ן דחולק עליו בדין הראשון וס"ל נמי דבליתא דתיהדר פטור אפי' לר"מ ואפי' בשקול הדעת, ואפ"ה ליכא אלא תרי לדדי, ולפי"ז איכא נפקותא רבה לדינא, דכל הפוסקים דפטרי אפי' בשקה"ד בליתא דתיהדר. וזהו דעת רמב"ן ורי"ף וב"י ובעה"ע, בע"כ צ"ל דלא ס"ל לא כדעת הרז"ה ורשב"א הנ"ל, ודלא כדעת הכ"מ הנ"ל דמחייב אפי' מומחה בדמ"ש, ונונ"ב, דלדידהו דמחלקין אפי' כשנונ"ב בין דמ"ש לשקה"ד, הדר הוה ליה תלתא וכמש"ל ועיין:

נמצא דמחדא מהנך תרתי מפקת מיהת מחדא, דאם נימא כקולת הרז"ה ורשב"א דבדמ"ש אפי' נונ"ב פטור, או כחומרת הכ"מ והסמ"ע, דאפי' מומחה וקבלוהו חייב בדמ"ש כשנונ"ב, אזי ממילא נשמע, דבשקה"ד אפי' כשלא נונ"ב חייב בליתא דתיהדר, דאם לא כן הוה ליה תלתא והוא הדין להיפוך דחדא מפקת להנך תרתי, דלדעת הפוסקים דגם בשקה"ד פטור בליתא דתיהדר, ממילא נשמע דלא כקולת הרז"ה ודלא כחומרת הכ"מ דהשתא ליכא אלא תרתי, וכמש"ל, אבל אם נימא כחד מנהו הרי הוא תלתא וכמ"ש הכ"מ, ולפי"ז מתורץ נמי מה דקשה לי ע"ד הסמ"ע [בס"ק ח' ט'] דפסק כן לדינא, דבדבר משנה אפי' מומחה וקבלוהו חייב, [ועי' לעיל בסי' נ' אות ג', דכתבנו כדמות ראי' בדרך חדוד משיטת הריצב"א], דהרי מדברי כ"י במקומו מוכח להיפוך, שכתב שם דבאיסור והיתר אפי' גמיר וסביר ולא קבלוהו ולא נטל רשות נמי פטור משום דמחוייב להורות, והא דר"א דחייביה

לברי' דרב יוסף בר חמא לשלומי דמי תורא, הוא דרך מלילה ולא מדינא, דלמה ליה לדחוקי כולי האי, תיפוק ליה דטעה בדמ"ש הוא כמ"ש תוס' שם, ואזי אפי' מומחה וקבלוהו נמי חייב, והשתא ניחא, דעד כאן לא כתב הסמ"ע כן, אלא בדעת הרא"ש דס"ל דלר"מ חייב אפי' בליתא דתיהדר, והסוגיא קאי אליבא דרבנן דמודים דהיכא דקם דינא חייב אפי' כשלא נו"ב, ולהכי לר"ש כל הני תרי לדדים גבי פרה דר"ט לא מיירי אלא כשלא נשא ונ"ב דידוע להם דהכי הוי עובדא, וכמ"ש הרמב"ן דאין דרכו של ר"ט בכך. ולר"ח דס"ל כשלא נו"ב הדר הדין מ"מ מודה דבשקס"ד היכא דליתא דתיהדר דחייב לר"מ, וגבי פרה דר"ט דפטרי' ר"ט משום דמומחה הוא, אע"ג דלקושטא טעה בדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו וכ"ר לא מיפטר לדעת הסמ"ע והכ"מ הנ"ל. אלא דבע"כ צ"ל דעיקר פטורו הוא משום דאילו הוי קמן הוי הדר. ואליבא דרבנן דפטרי בגרמי. אלא משום דלצאת ידי שמים מיהא חייב ולהכי הוסיף עוד פטורא דמומחה כדי לפוטרו מידי שמים, דלהכי מיהת מהני [וכמ"ש בסי' כ' אות ג']. אבל לדעת הכ"י דס"ל דאפי' לר"מ פטור כל היכא דהוי הדר, וקושי' דרב המגוגא קאי נמי אליבא דידן דפסקינן כר"מ. דהשתא תו בלתי אפשר לומר דבדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו חייב היכא דנו"ב. דא"כ הוה ליה תלתא. [דהשתא דאמרינן שלא כדעת הכ"מ וסמ"ע, אזי ליתא אלא תרי גדדים, חדא דלא נו"ב וליתא דתיהדר, דשניהם שווים לפטור בין דמ"ש ובין שקה"ד, ואי נמי נו"ב מ"מ פטור בשניהם משום דמומחה את] כהוכחת הכ"מ הנ"ל, כיון דס"ל נמי דבשקס"ד ולא נו"ב נמי פטור היכא דליתא דתיהדר, ועיין היטב. דהשתא ליכא למימר דפטורא דמומחה הוא רק מחיובא דידי שמים. דהא גופא מנ"ל דחייב לרבנן לצאת י"ש היכא דאילו הוי קמן הוי הדר. דמסתבר דהכא דלר"מ מחלקינן בין קם דינא להדר דינא לעיקר חיוב תשלומין. הוא הדין נמי לרבנן לא מחייבינן לצאת י"ש אלא היכא דקם דינא. אבל היכא דהדר דינא דאיהו דאפסיד אנפשיה פטור לשלם אפי' לצאת י"ש. ולדחוקי הכפשין ולאוקמא לה רק אליבא דר"מ לחודא, ופטורא דמומחה משום לצ"ש הוא, כיון דמסתימות הש"ס נראה דלכל כמה דאיפשר לאוקמא כרבנן, אזי דהקינן אנפשין ומוקמינן לה. שהרי גבי דן את הדין וכו' אמרינן לימא תנן סתמא כר"מ. ומתרץ שמה ומדחקינן לה בדרך רחוקה בכדי לאוקמא לה כרבנן. ובפרט לאוקימתא דר"ח שם דמיירי כשנו"ב, אזי פשיטא דאתי' נמי אליבא דרבנן [וכן בב"ק דף ק' מהדרינן שם להוכיח מסתם משנה מכל הש"ס דאתי' כר"מ דדאין דינא דגרמי ולא אשכחן] ובשגם לאוקימתא דר"ש משמע לכאורה שהוא אליבא דר"מ דדאין ד"ג. דלא מיבעי' לדעת תוס' ורא"ש דהיכא דקם דינא חייב אפי' לרבנן. פשיטא דאתיא ליה ככולי עלמא, אלא אפי' לדעת החולקים. כבר כתב הרמב"ן במלחמות. דר"ש משני ליה רק על מה שעשה עשוי וישלם מביתו. מוקמינן ליה כר"ח כשנו"ב. והשתא עובדא דר"ט סיפא דדן אה"ד פשיטא דלא מוקמינן לה [בפרט אליבא דר"ח לדעת הרמב"ן וכ"י ורי"ף ובעה"ע] דאתי רק אליבא דר"מ ופטורא דמומחה רק מלצאת י"ש הוא דלריכינן ליה. [כיון דנראה בעליל מסוגיות הש"ס בבכורות ובב"ק דלא ניחא להו לאוקמא לסתם מתניתין בזה כר"מ בדינא דגרמי, מדלא מוקמינן לסתם מתניתין בפשטא וכשלא נו"ב וכר"מ] אלא על עיקר חיובא קאי, ואפ"ה ליכא אלא תרי ועוד. חדא משום דליתא דתיהדר ובין שטעה בדמ"ש או בשקה"ד שניהם שוים בזה כיון שלא נו"ב. ואי נמי אפי' כשעשית בידים נמי פטור בשניהם משום דמומחה את. ודלא כדעת הכ"מ אליבא דרמב"ם, דבדמ"ש אפי' מומחה חייב. דא"כ לשיטתם דסברי דאפי' בשיקול הדעת ולא נשא ונתן ביד פטור היכא דליתא דתיהדר, והוה ליה תלתא ועוד.
דחד לד בדמ"ש, ותרי לדדי בשקס"ד, וכמש"ל בתחילתו:

ג הטור [סי' כ"ה] מביא בשם רמ"ה, דאפי' לר"ש לא אמרינן קם דינא, אלא כשנתחך הדבר לגמרי קודם שנודע טעותא, כגון בזיכה הב"ח או בחייב הב"ז ושילם הלה אחר גמר דין אבל כשנודע טעותא קודם ששילם, אזי לכ"ע הדר דינא. ומביא שם בשם הרא"ש גבי עובדא דר' ישמעאל בר' יוסי ור' חייא שחולק ע"ז וס"ל דגם בזה קם דינא, ועיין ש"ך [ס"ק כ"ט] שסותר ראייתו של הטור מדברי רא"ש הנ"ל, ויותר תמוה שהרי מבואר להדיא בדברי תוס' בב"ק במסקנת דבריהם שם. וכן באשר"י בשמעתין דף ל"ג בסי' ד' בפירושו בסוגיא דב"ק. דהא דדייקינן לה ממתניתין דדן את הדין דאתיא כר"מ דדן דד"ג מטיהר את הטמא וחייב אה"ז קא דייקינן לה כיון דאילו הוי קמן הוה הדר, הרי להדיא דסברי כדעת הרמ"ה:

ובבדי ליישב דברי הטור שלא יהיו תמוהים כל כך נלפע"ד דהכי פי', דכיון דמטיהר אה"ע שפיר מוכח להדיא דאתיא כר"מ דדן דד"ג וסתם מתניתין כר"מ, ממילא מוכח גם מחייב את הזכאי, דמשום דד"ג הוא דמחייבינן ליה לר"מ, כיון דר"מ ס"ל בסנהדרין [דף כ"ד] דבאתן לך אפי' לאחר גמר דין יכול לחזור בו. אבל כששילם לו א"כ פשיטא דאין יכול לחזור בו, דהדר הוי ליה השתא כמחול לך, ומבואר בש"ך ס"ק י"ב דגם לדידן באתן לך דיכול לחזור בו כגון בקבלוה ולחד כתלת. אכן כששילם לו תו א"י לחזור בו, ולעיל [דף ו'] מוקמינן למתניתין דדן את הדין אליבא דר"א דשנים שדנו אין דיניהם דין דמיירי בקבלוהו. וכיון דאליבא דר"מ אפי' כשלא טעה היה יכול לחזור בו קודם ששילם. וכיון דאילו הוי קמן הוי הדר תו ליכא מקום לחייב את הדיין רק משום דד"ג. אבל אליבא דידן דפסקינן דאפי' באתן לך אין יכול לחזור בו, רק משום טעותא הוא דרוצה לחזור בו. שפיר נוכל לומר דגם בזה קם דינא ומחוייב הלוה לשלם לו, והוא יתבע מן הדיין [דאפי' לדעת הפוסקים דבתרתי לריעותא יכול לחזור בו, וכדעת הש"ך (סי' כ"ב ס"ק ב') דביחיד שקבלוהו כתלתא הוי ליה תרתי לריעותא, זהו כשקבלוהו בפירוש כתלתא אבל הכא דקבלוהו בסתם איכא למימר דקבלוהו עליו כיחיד מומחה]:

ד ויש להתעורר לדעת הרז"ה והש"כ וכן משמע מכה"פ דבחייב את הזכאי לא אמרינן קם דינא עד שישלם לו, ובחיוב תשלומי הדיין תלוי במחלוקת הפוסקים, דלדעת התוס' והרא"ש ורמב"ם מחוייב לשלם אליבא דידן דפסקינן כר' מאיר, דגם היכא דהילו הוה קמן הוה הדר לא יצא מכללא דגרמי, ולדעת הרי"ף ובעל העיטור ורמב"ן וכימוקי יוסף קם דינא בטעה בשיקול הדעת והדיין פטור, וא"כ לכאורה יש להבין דאיך יכולין לירד לדין עד שיתנו בפירוש בין לדין בין לטעות דאז יפטור הדיין לגמרי כשיטעה בשיקול הדעת אבל כל שלא התנו כן, יפסלו לגמרי לדון דנוגעים הם שהרי יטו דעתם יותר לחייב את הנתבע מלפוטרו, שהרי אם יפטרוהו הרי קם דינא מיד לאחר גמר דין והוא חייב לשלם, ובאם יחייב את הזכאי הרי איפשר דיתוודע טעותא עד שלא ישלם לו, ואפי' יתוודע אח"כ ג"כ פטור לדעת הפוסקים הנ"ל, דהיכא דאילו הוי קמן הוי הדר פטור מלשלם, [מיהא כשירדו לדין וזיכו את הנתבע אזי כבר נסתלקה הנגיעה. איברא בתחילת הדין וכן בחייבו את הזכאי מאי איכא למימר], ויש לומר דגם בחייבו את הזכאי עודכו לא ילאו מכלל תשלומין אם יטעו, שהרי הלוה יכול לומר לו אני איני רוצה לשלם לו מידי ליד המלוה, והרי תשלומין שחייבו אותי בידו הוא יקחנו הדיין ויתננו לידו, וגם מסתמא יעשה כן בכדי שלא יהיו מעותיו מונחים על קרן הלבי אם יתוודע אח"כ שטעה, והדיין בע"כ יעשה כדבריו ואז יתחייב לשלם מפני שנטל ונתן ביד, וכיון שבין כך ובין כך לא יפלטו מהשלומין, כבר נסתלקה הנגיעה מזה. וראיה לזה מסוגיין דאמרינן מעיקרא אליבא דרב חסדא כיון דאמר ליה פטור אתה הוי כנשא ונתן ביד, וקשי' לכאורה ככ"ל דא"כ נוגעים הם מתחילה. אלא כיון שגם בלד ההיפוך לא ימלטו לגמרי וכמ"ש בזה סגי לסלק הנגיעה:

ה הש"ך [ס"ק י"ד אות י"ח] הניח בתימה על הרמ"א וז"ל. ומעתה אני תמה על הרב שפסק בי"ד [סי' רמ"ב סל"א] דאפי' טעה בשיקול הדעת יוכל לישא וליתן עם המורה עד שיחזור, והרי תמיהי קא חזינא הכא וכו', הרי הר"ן גופי' כתב שלענין מעשה אין בו כח לחלוק על אבות העולם וכו' והם הראב"ד והרמב"ן והרשב"א וכבר הוכחתי שכן דעת הרא"ש ור"י, ותו דנהי דפסק כן הר"ן היינו לשיטת הרי"ף דפסק כר"ח וכו', אבל למאי דקי"ל כרוב הפוסקים דפסקי כר"ש אין יכול לחזור ולהתיר, וכדהוכחתי לעיל מהש"ס דפרק אחד דיני ממונות ומרש"י וברטנורא להדיא. והרי הרב גופי' כתב להדי' בהגהה לקמן [סעיף ג'] דברי הי"א דפסקי כר"ש א"כ דבריו בי"ד צ"ע והעיקר לענין דינא כמ"ש עכ"ל:

ולפענ"ד נראה דהרמ"א הכריע כן מסברא דנפשי' דבאופן זה כ"ע מודים ולא תליא מילתא בפלוגתא דר"ש ור"ח, וגם הראב"ד ורמב"ן מודים בזה, ושורש הדברים כיון שחידשו לנו רבותינו הראשונים דאפי' ר"ח מודה בדיני איסור ויתר מטעמא דשווי' התיכה דאיסורא ואפי' כשלא נטל ונתן ביד מה שעשה עשוי, אזי האירו עינינו במה שהוא בל"ז במילרים, ולא במיתרים, באוקימתא דר"ש דס"ל דטעה בשיקול הדעת קם דינא, דנהי דמוליאין מיד המוחזק ואינו יכול לומר קים לי כיון דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, מ"מ השתא שכבר נפסק הדין

ונחתך הדבר לגמרי על פי פסק דינם לכן אלימא מילתא דב"ד ולא מהדרינן עובדא, כדאשכחן בעלמא דא"כ מה כח ב"ד יפה. אבל בהוראת איסור והיתר דיכול להורות לעצמו, ול"ש בזה משום אלימא דב"ד, אמאי לא יכול לחזור בעצמו כיון שטעה להדיא, אכן כיון דחידשו השתא דשייך בזה משום דשווי' אתיכה דאיסורא ניחא, דגם לרב ששת אמרינן כן דמהאי טעמא גם בדיני איסור והיתר קם הדבר באיסורו, ואע"ג דהאי טעמא לא שייך אלא בחכם שהוא גמיר וסביר בהוראה, אבל לא בגמיר לחוד. וריהטא דמתניתין דדן את הדין מיירי בגמיר לחוד, מ"מ ניחא כיון דאוקמינן לה בגמרא דמיירי בקבלוהו, ה"ז כאילו מסר בידו אפי' לשווי' חתיכה דאיסורא, וכדאי' בתרומת הדשן [סי' רכ"ד] בפסקי מהר"י [ובדרכי משה מביאו בסי' קכ"ג אות ד'] דאם המורשה קיים הדבר בשבועה דצריך המרשה לקיים, כיון דשליח שווי' ושלוחו של אדם כמותו, וכן הביא הרמב"ן בפרק יש נוחלין [דף קכ"ו:] בד"ה הכי וז"ל בתוס"ד שם והיכא למידק נמי תנאי שבנזיר היכי הוי תנאה והרי כל תנאי שאי איפשר לעשות ע"י שליח לאו תנאי הוא וכו' ואחרים אומרים נזיר נמי משכחת ליה ע"י שליח שאומר אדם לחבירו הריני נזיר על דעתך וכל זמן שתרצה תדירני עכ"ל, וכיון דקבלוהו גם לזה שיהיה כבעלים לשווי' חד"א, שוב אינו יכול לחזור ולומר אילו ידעתי שסוגיא דעלמא אזלא כאידך לא אסרתי מתחילה, דהכי דדמי לפתחא מעליא דפתחינן בי' לעקור הנדר מעיקרא, אכן הוא בעצמו שעיקר הנדר נעשה על ידו לא מצי למיחל, כדכתיב לא יחל דברו הוא לא מצי למיחל אבל וכו' [נדרים פ"א ע"ב]. אלא דלא מיירי מזה:

ואל תתפלא בזה שהרי לדעת הנ"י ובעה"ע גם בדיני ממונות מיירי באין גדול ממנו, לאוקימתא דרב ששת ורב חסדא, ולפ"ז בחכם שהורה לטמא ולאסור וטעה בשיקול הדעת, אזי אם חכם אחר מחזירו והוא מסכים לזה. בזה גם הראב"ד והרמב"ן מודים כיון דאחרים מחלין לו, אכן כשאינו מסכים לא מהני מידי דאי איפשר לבטל הנדר בע"כ, רק דפליגי בים גדול הימנו והוא אינו מסכים אזי לדעת הראשונים שהוא מטעם דשווי' חתיכה דאיסורא נשאר באיסורו, ולדעת הר"ן שהוא שלא ירא' כשתי תורות. וזהו כששניהם בווין אבל לא נגד גדול הימנו. אולם כשהראשון מסכים להשני ושניהם מומחים ס"ל לרמ"א דאפי' כששניהם שווין מודים רבותינו הראשונים דחוזר להיתרו, דנהי דלדעתם דהא דקתני חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר הוא מלד דשווי' חד"א. אבל מ"מ אחרים מחלין לו ואפי' ביחיד מומחה דגמיר וסביר הגי מדינא אע"ג דלא סמיך, כדאיתא בש"ע יורה דעה [סי' רכ"ח סעיף א']:

סימן נה

בדיני קרוב או פסול

בעזה"י חורף תרכ"ה לפ"ק עה"ק ירושלים תובב"א.

א **ויש** להתבונן בדין נמלא אחד מהם קרוב א"פ דמבטל כל העדות, דבע"כ מיירי דהכשרים אומרים שהפסול היה באותו מעמד כשראו עדותן, ועי"ז נתבטל כל העדות מהיקשא דשלשה לשנים, אבל ע"י הפסול לחוד שאומר שראה ג"כ והכשרים אינם יודעים מזה כלום, אזי פשיטא דלא מהימנינן לפסול לבטל עדות הכשרים, [וכ"כ הש"ך בסי' ל"ו ס"ק ה' בפירוש], כשם דלא מהימנינן ליה להכחיש עדותן לגמרי, ואע"ג דסוף סוף הרי דמהימנינן לפסול לומר דלאסהודי אתא, לדעת רוב הפוסקים [לבד לדעת רח"כ דשיילינן להכשרים], דש"ה כיון דעיקר הדבר שנצטרפו בשעת ראייה ידעינן ע"י הכשרים, והשתא כיון שגם הפסול בא לב"ד והעיד, אזי הוכיח סופו על תחלתו, וכמ"ש תוס' לדעת רח"כ במכות [דף ו'.] בד"ה לאסהודי אתיאו, וכיון דמצרכינן שעיקר הצירוף יתודע עפ"י הכשרים ועל ידם נתבטל כל עדותן, וקשיא אמאי לא נימא פלגינן לדבורייהו, כיון שיש בעדותן צד המקיים שהוא עיקר העדות, וגם צד הביטול במה שהעידו שנצטרפו עם הפסול, ונסלק צד המבטל וישאר צד המקיים לחודא בתקפו כמו דאמרי' בפלוני רבעני לרצוני, ובשטר מתנה לקרוב ולרחוק, דלולא שגזרו לדילמא אתי לאחלופי, כמ"ש האשר"י במס' מכות בסוף פ"ק הוי אמרינן דפלגינן דיבורא. זולת לדעת הראב"ד ניחא דס"ל דלא אמרינן פ"ד רק היכא שמעיד על עצמו, כיון שאין על עצמו תורת עדות ולא נכנס לקרותו בתורת ביטול, אבל לשאר פוסקים קשיא להאורה:

ותירצתי ע"ז בימי חורפי דכללא הוא דגם לדעת הפוסקים החולקים על הראב"ד, לא אמרינן פ"ד רק היכא שצלד הבטל לית להו לסהדי תורת עדות כלל, שגם אם ישקרו בזה אינם עוברים על לא תענה, ולהכי מסלקינן לצד המבטל לגמרי וכאילו לא הגידו כלל, דבכל דבר שאינם מוזהרים על לא תענה ה"ז כאילו הגידו חוץ לב"ד, ונשאר לצד המקיים שיש בו תורת עדות אשר מוזהרים להגיד הדבר לאמתו בתקפו, משא"כ היכא שמוזהרים על צד המבטל כמו ע"צ המקיים, תו לא שייך כלל לסוג זה לסלק צד המבטל מצד המקיים, כיון שגם על צד המבטל יש עליהם תורת עדות ומוזהרים עליו כמו על צד המקיים, תו אי איפשר לסלק לצד המבטל כיון שהעדים כשרים ומוזהרים עליו כמו על המקיים, ולהכי כיון שהכשרים העידו שנצטרף הפסול עמהם ומוזהרים ע"ז כמו על עיקר עדות דעלמא, תו לא שייך כלל לומר ולדמותו בזה לתורת פ"ד, וזה ברור ופשוט:

ב **ויש** מקום להסתפק היכא דעדים כשרים אינם יודעים אם נצטרף הקא"פ כלל בשעת הראיה אם לא, רק שהבעל דין מודה לפסולין שנצטרפו גם הם, אי אמרינן בזה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, או דילמא דמ"מ נאמן על טענתו במיגו דאי בעי לא יודה להם בזה והיה טוען לא שמתי לבי על זה, דאפי' במקום שיש שני קא"פ. ולדעת הרא"ש דלא אמרי' מיגו במקום עדים פסולים, [בתשובת הרא"ש כלל ס"ו סי' ח' מובא בש"ך סי' נ"ח ס"ק י"א] דזהו היכא דצריך להכחישם לגמרי, אבל בכה"ג דגם בטענת א"י לחוד סגי, דבזה לא שייך לומר דטענת א"י גרוע הוא, דזהו על יסוד ועיקר טענתו, אבל בדבר שהוא בגררא בעלמא מכ"ל, ואפי' לדידן דפסקינן כרב יוסף בזוזי [בב"ב (דף ל"ב:) ובתוס' שם ד"ה והלכתא], איפשר לומר דש"ה דלית ליה שטרא כיון דמודה דשטרא זייפא הוא, אבל בב"ד דמסייעי ליה עדים כשרים מהימנינן ליה במיגו אפי' להוליא, שהרי לדברי עדים ברור הדבר שהלה חייב לו, דמצד ספיקא דפסולין לא מפקינן מידי ודאי דכשרים:

ג **והנה** בדין זה מסתברא דאפי' במקום דלית ליה מיגו למלוה, נאמנים העדים הכשרים בעלמותן על הלואה, כיון שהם לא ידעו כלל מההצטרפות של קא"פ בשע' שהעידו לפני הב"ד רק דאח"כ הודה המלוה שגם הקא"פ נצטרף אז בשעת ראייתן, ונתבטלו ע"י הודאתו מתורת עדים מגזה"כ, מ"מ לגבי ממון דלא איברי סהדי אלא לשיקרא, והכא דבשעה שהעידו, הרי אית בהו כל תוקף ועוז ככל עדות דעלמא דהתורה האמינתן, דחזקה אלימתא הוא דשנים כשרים שאינן נוגעין בזה לא יעברו על לאו דלא תענה דליתא בחזרה, והשתא בכ"ד נמי נהי דהשתא פסולין ע"י הודאת המלוה מצד גזה"כ, דכיון דגבי ממון לא בעינן לכל עיקר עדות אלא לברר האמת מן השקר, והרי כבר נתברר עיקר הדבר ע"י חזקה אלימתא, ועיין:

ולברר הדברים היטב, נראה דהא דמשה ואהרן פסולין אפי' לגבי ממון אע"ג דנתברר האמת על ידם, הייתו טעמא דכל הפסולים מה"ת דלית להו תורת עדות אינם בכלל לאו דלא תענה, וכל עיקר היסוד לכל עדות שבתורה, הוא משום יסוד מושגב ע"פ התורה הקדושה דבודאי לא יעברו על לאו דלא תענה דליתא בחזרה, והשתא גבי קא"פ או שנמלא א' מהם קא"פ דהתורה פסלתן, הרי כבר נסתלק עיקר היסוד ולא נותר אלא אומדנא לחוד דמשה ואהרן לא ישקרו בכל חללי דעלמא, וע"י אומדנא לחוד לא מפקינן ממונא מה"ת:

ולפי"ז נראה דמסתבר לומר דהיכא דבשעה שהעידו נעשו קרובין זל"ז או לבע"ד שלא בידיעתן, ואחר כדי דיבור נודע הדבר, [דאם נודע להם תכ"ד, כיון שעדיין לא נגמר עדותן ויכולים עוד לחזור כמ"ש תוס' ב"ק (דף ע"ג:) ד"ה שהעידו, שלא נעשו פסולים אם העידו שקר רק מאחר כדי דיבור, וא"כ משעה שהעידו אין כ"כ ראיה רק מאחר שלא חזרו תכ"ד, והלא נודע להם אז שהם קרובים ולא עוברים על ל"ת, ע"כ עמדו בעדותן]. נראה דמסתברא שהב"ד גומרין הדין על פיהם, דנהי דילאו מתורת עדות עפ"י גזה"כ ולית בהו תורת הזמה [וכמש"ל באות ה'] כיון שכבר יצאו מתורת עדות לגמרי. אבל מ"מ חזקה אלימתא הוא שאמת יהגה חכם כיון דסבירי שעוברים על לאו דל"ת, ומתורת חזקה לא נתבטלו, והרי נתברר לנו האמת ע"י חזקה אלימתא כזאת:

והא דהקשו תוס' סנהדרין [דף ל"א.] בד"ה שבית שמאי, דלב"ש גם

בשתי

בשתי כתות יתבטל עדותן כיון דנמצא בהם כת אחת שפסולין, דבפשטא משמע אפי' לאחר כ"ד, [וכן משמע מדברי תוס' שם בתי' השלישי, והוא כדעת רש"י בסוגיא דמכות דגם בקא"פ בעינן תכ"ד, וכ"כ בנתיבות ריש סי' ל"ו, או לדעת קצה"ח שם ס"ק ד' דקושיית התוס' אזלא בתכ"ד, הוא מטעם אחר, כיון דלא נצטרפו בפסלות עי"ש], דהשתא אם כת שניה פסולין יתהפך הדין עפ"י כת הראשונה, כיון דבשעה שהעידו כבר עברו על לאו דל"ת, די"ל דמ"מ קשיא להו שפיר דמצד ספק לא נוכל להוציא דדילמא הראשונה פסולה, ונמצא דכת שניה יצאה מתורת עדות כיון דהתורה פסלתן ותו לית בהו לאו דל"ת. ובזה יש לצדד להטעים תירוצם הראשון כיון שאין הפסול ידוע לכן מספיקא לא מפקינן מידי ודאי שלפנינו:

ד ועפי"ז יש ליישב דברי מהרש"ל ביש"ש ב"ק פ"ד סי' י"ח [מובא בקיצור בש"ך סי' ל"ב ס"ק ד'], וז"ל יש בני אדם שהם חייבים לאחרים מחפשים תואנות ועלילות נגד התובעים להשמט מהם כו' עיי"ש וסוף דבריו וז"ל, לכן נראה בעיני דהא דשרי למיטען כה"ג אף שהוא איסור גמור רק שאינו גזל כו' היינו היכא דיש לאחד הרעומות על השני, כגון השואל שאל השור בחזקת תם כו' וכה"ג בכל עלילות דיכול למעבד ולמיטען בין לפטור עצמו בין לחייב חבירו שפיר דמי. ולא דמי לשלשה שנושים באחד כו' אף דאין לך תרעומות גדולה מזו, שא"ה דמעידין עדות שקר שאומרים חייב הוא כל המנה לזה והינו אמת, וגם עדותן הינו עדות מאחר שנוגעים בעדותן, וא"כ רחמנא הוא דפטרה לזה בטענתו ואינו חייב, והם הוציאו ממנו שלא כד"ת, ואי הודו א"כ בב"ד פשיטא דמחוייבים להחזיר לו המנה וליכא כאן מיגו דמיגו במק"ע ל"א, והודאה שהוציאו ממנו מנה שלא כדין כמאה עדים דמי, וגם איתרע חזקתייהו דלאו קושטא קאמרי, אבל הכא ליכא כאן טענת שקר דהא אי עביד כל חד וחד כמה דטען מה שעשה עשוי, דהמזיק שיעבודו של חבירו פטור, וכן אם מעריקו לאגמא כדי שלא יסקלוהו בשרו מותר, הילכך אע"ג דלא עביד ולא שרי ליה לכתחלה, מ"מ מאחר דאית ליה תרעומות ע"ח אין יכולים הב"ד לסלק טענותיו ולמחות בידו והוה כמאן דעביד ושפיר פסקינן ליה הכי, וכל כה"ג דאית ליה תרעומות וטענתו היתה בכה"ג דאם אירע בדיעבד הוה ביה ממש, אין ביד הב"ד למחות בידו, ואפ"ה ירא שמים יזהר, אבל בחוב שאדם חייב לחבירו פשיטא דפשיטא דליכא שום צד שריותא למעבד ליה עלילות כדי שיתפשר, עכ"ל. ועיין באו"ת [סי' ל"ז] באורים שם [ס"ק י"א] וז"ל אין באותה הודאה ממש דכיון שהגיד כו' שמ"ע, ולא נאמר דנאמנין לגבי עצמן דהא אומרים אמת העידו ויש להם מיגו דשתקי, והא דנתן טעם דאין נאמנים להפסיד לחבירו זכות ממון דכיון שהגיד, ולא מזה הטעם דאמרו אמת העדנו וה"ל מיגו, דבכל גווני איירי אפי' עדיין לא גבו החוב, ומשום מיגו הו"ל מיגו להוציא, ולכך נתן טעם משום כיון שהגיד וכו', ולגבי עדים עצמן בחלקם פשיטא כל זמן שלא גבו דא"י לגבות, אבל אם כבר גבו אין מוציאין מידם, ולכך לא הזכירו הש"ע ותשו' חזה התנופה מענין החזרת חלקם דבר, וזה ראיה דלא כיש"ש לעיל סי' ל"ב עכ"ל. וכן הקצה"ח [בסי' ל"ב ס"ק ב'] השיג על היש"ש מההיא דגחין ולחיש ליה לרבה בפ"ק חז"ה [דף ל"ב ע"ב] באריכות ובתוך הדברים כתב שם וז"ל וא"כ לכל הפי' בין לפי' רשב"ם בין לפי' תוס' אין להוציא מיד העדים הללו כלום, דלפי' רשב"ם הוי ספיקא דדינא א"כ ודאי אין להוציא, ולפי' תוס' א"כ טעמא דהלכתא כרב יוסף בזוזי משום מיגו להוציא, וא"כ הכא שכבר הוציאו הו"ל מיגו להחזיק וכו', וא"כ מכל השיטות והפירושים שנאמרו בזה מבואר האי דינא דאין להוציא מיד העדים הללו את הממון וכו' עכ"ל, וכן [בסי' ל"ב] תמה האורים ע"ד יש"ש וז"ל והדבר ל"ע למאד כי מה במקום עדים שייך כאן כיון דהפה שאסר הוא הפה שהתיר הם אמרו דהעידו בערמה והם אמרו דחייב להם באמת. וגם מהך דאיתרע חזקתו לא ידעתי מנלן סברא זו להוציא ממון שלא כדין ול"ע וכו' עכ"ל. ולפענ"ד דדברי היש"ש נכונים וברורים בטעמו ובסברתו עפ"י הקדמת והוצעת הדברים שכתבנו למעלה:

ועוד נראה להקדים מילתא דפשיטא ומסתבר, היכא דקרובים או נוגעים בעדותן או שאר פסולים העידו בשקר לפני ב"ד ונתקבל עדותן מפני שהב"ד לא ידעו בנגיעתם ובקורבתן, דמילתא דפשיטא הוא דעוברים על לאו דל"ת, דאטו מפני שהערימו והעלימו קורבתם או נגיעתם יעדיפו בלאו דל"ת, ס"ס הרי העידו בשקר במקום שנתקבל עדותן, וכן משמע מדברי רבותינו האחרונים בכמה מקומות, [ולקמן יתבאר ראיה לזה]. והנה מילתא דפשיטא הוא בשלשה שתבעו לאחד ולא נודע כלל שהם שותפים דלא מהימנינן להו במיגו בהיה אחד תובע ושנים עדים [אפי' לרבה דאית ליה מיגו להוציא או גם לדידן היכא שתפסו בעדים דהוה מיגו להחזיק]. וטעמא דמילתא דיסוד מושגב הוא עפ"י התורה בכל עדות דמסתמא לא יעברו על לאו דל"ת דליתא בחזרה, ועפ"י תוקף זה מהימנינן להו אפי' נגד חזקה ורובא, תו לא שייך לומר דנהימניניהו שטענתם אמת במיגו דא"ב מסהדי בתורת עדות, דזהו הנותנת שטענתם הוא בשקר, ומשה"ע גופא הוא דלא נכנסו להעיד בת"ע מפני שלא יוכלו לשקר ולעבור על לאו דל"ת דליתא בחזרה. ולפי"ז בשלשה שהודו א"כ שהשנים מהם שהעידו היו שותפים בממון זה אכן הדבר בעצמותו הוא אמתי, דהשתא שהודו כולם שוב יצאו מת"ע לגמרי כיון שהודו שהם בע"ד. דהשתא נכנסו בהודאתם לתורת בעלי דברים לגמרי ונסתלק מהם הלאו דל"ת דליתא בחזרה, ולבשו מדותם רק בלאו דלא תגזול דהוא נסוג בכמה מעלות אחורנית וגם איתא בחזרה, דאע"ג דהיכא שהעלימו קורבתם והעידו בפני ב"ד ונתקבל עדותן כבר עברו על ל"ת, דשא"ה דאיכא הודאת בע"ד שהרי הודו שלא היו הדברים מעולם בפני סהדי כלל ואפי' אם נהימניניהו במיגו, מכל מקום מיגרעו השתא ע"י הודאתם באם יבאו עידי הכחשה דהשתא לית להו מיגו, ואילו לא הודו הוה אזלינן בתר המוחזק והרי המה מוחזקים השתא:

וזהו כוונת היש"ש דהוי מיגו במק"ע, כיון דאכן הסהדי שלא יוכלו לשקר בלאו דל"ת, ועל יסוד זה הוא כל תוקפא דעדים בכל התורה כולה, והא שהעידו מתחלה הוא מפני שסמכו א"ע גם מתחלה שיודו א"כ שהם בע"ד ונהימניניהו בתורת בע"ד במיגו, ומשום ה"ע גופיה אכן מתבריקן לגזזייהו מינייהו, ואמרי' דלית להו מיגו, ומפני שאינם יכולים להשאר בת"ע מפני דחמירא להו כל כך הוא שהכריחם להודות, ומוטב לפניהם לשקר בלאו דלא תגזול דאיתא בחזרה:

ומש"כ היש"ש דאיתרע חזקתייהו דלאו קושטא קאמרי, כוונתו, כיון דגם השלישי שהעידו לו הודה א"כ שהעדים היו שותפים, דמה לו להודות ולהורע לעצמו בדבר שכבר זכה בדין, וגם עתה עודנו טוען שהדבר בעצמותו הוא אמתי, אלא שהסברא מחייב שהוכיח סופו על תחלתו ששקר הדבר בעצמו ובשאט נפש רצו לגזול את חבירם בתחבולה ובתרמית לכם עשו כזאת, והיו השנים שהעמידם לעדים יראים לעצמן שלא יעברו על לאו דל"ת דחמירא טובא וליתא בחזרה, ולזאת חיזקו הדברים ביניהם בשבועות ובנדרים ובערבונות שיודו כולם, כי היכי דליפקו מחרב חדה המונחת על צואריהם, [וכמ"ש תוס' בב"ק (דף פ"ט) ד"ה כל בענין מכירת כתובתה]. ולפי"ז תו ל"ק קושיית האורים [בסי' ל"ז] מדברי תשובת חזה התנופה, דהתם כיון דבע"ד שהעידו לו לא הודה, תו ליתא לשני הטעמים של דברי יש"ש הנ"ל, כיון דאכתי עוברים על לאו דל"ת של חלק השלישי, שפיר אית להו מיגו על חלקם. וגם הטעם דאיתרע חזקתייהו והוכיח סופו ע"ת לא שייך שם כמובן. וגם קו' קצוה"ח מגחין ולחיש לק"מ, דהתם גבי בע"ד עצמו שאני דאית ליה מיגו מעלייתא, וזה נכון וברור לפענ"ד:

ה עיין רמב"ם [פ"כ מה' עדות ה"א] וז"ל אין עדים זוממין כו' ולא משלמין עד שיהיו שניהם ראויין לעדות כו' אבל אם הוזם אחד מהן בלבד כו' או אחר גמר דין ונמצא א' מהם קא"פ אין נענשין אע"פ שהוזמו ונפסלו לכל עדות שבתורה עכ"ל. והנה ידי"נ ושארי הגאון מהו' מאיר שהיה אבד"ק קאלים כאשר אמרתי לו הדברים שכתבנו לעיל [באות ג'], והשיב שהדברים בעצמותן מסתברים ונכונים. אולם מדברי הרמב"ם מוכח דבנמצא א' מהם קא"פ עוברי' בל"ת וכן הם דברי הרמב"ם הנ"ל, ומדכתב דנפסלו לכל עדות שבתורה ש"מ דעוברים על לאו דל"ת. שהרי הרמב"ם [בספר המצות] לית ליה כרמב"ן שפי' בחומש דהא דכתיב ל"ת ברעך עד שוא. דלישנא דשוא משמע דאפי' כשאין תועלת בעדותן עוברים על ל"ת עד שוא, וה"ע כיון דע"י הכשרים היה תועלת בעדותן לולא צירוף הפסול ולהכי כשהוזמו נפסלו. והשיבותי, שהרי ציור דברי הרמב"ם בהלכה זו קאי רק על שני עדים ואחד מהם קא"פ ונגמר הדין והוזמו דנפסלו שניהם לכל עדות שבתורה, והרי בקרוב או בפסול אין בו שום תועלת ואפ"ה נפסל. אלא ה"ע כיון דנגמר הדין על פיהן הרי בע"כ צ"ל דמיירי שהב"ד לא ידעו בקורבתן, דאזי בין שהם ידעו מקורבתם ובין דלא ידעו עוברים על לאו דל"ת כיון שנתקבל עדותן, [וכמ"ש לעיל באות ד' שיתבאר לקמן ראיה מוכרחת לדין זה], ואפ"ה אינם נענשים דלאו דל"ת הוי לאו שאב"מ, רק מתורת הזמה דוהצדיקו אה"צ וגו'

וגו' והיה אם בין הכות וגו' הוא דלוקין גם בדבר שלא נוכל לקיים דין הזמה כגון בבן גרושה וכה"ג, ובדין זה כיון שהפסול אינו ראוי לעדות תו לית ביה דין הזמה. וזהו שהקדים הרמב"ם בתחלה וכתב אין עדים זוממין נהרגין ולא לוקים ולא משלמים עד שיהיה ראויין לעדות, דבע"כ קאי על שנגמר הדין על פיהן כדין, ואפ"ה לית בהו תורת הזמה מפני שאינם ראויין לעדות בעצמותן, ומשוה"ט כתבנו לעיל. דנהי דלנין עפ"י קרובים היכא דידענו שהם עצמן לא ידעו בקורבתן כגון שנעשו קרובים בשעה שהעידו, וגבי ממון דלא בעינן לסהדי אלא לברר אמתות הדברים, וכבר נתברר ע"י חזקה אלימתא דלא יעברו על לאו חמור כזה, מ"מ לית בהו תורת הזמה כיון דא"ר לעדות בעצמותן לכה"ת מפני גזה"כ:

ו **ביומי** חורפי שמעתי קו' בשם הרב הגאון החריף ועוקר הרים אבד"ק פיאסק זללה"ה, על עיקר הדין דקא"פ גבי ממון, דכיון דהלוה טוען לא לויתי כלל ולא ראה הקא"פ מאומה, והעדים אומרים שלוה בפניהם בצירוף קא"פ ה"ז דומה לאומר לא לויתי ועדים מעידים דלוה ופרע, דנקטינן דברי העדים לחובתו ולא לזכותו, דהודאת בע"ד עדיפא מהעדאת עדים. ותירלתי אז, דה"ז דומה להא דאיתא בפ' החולך [דף מ"ז] לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי, וה"נ כיון דלדבריהם שראו בצירוף קא"פ אין בהם ת"ע כלל, ולא דמי ללוה ופרע דאית להו ת"ע על ההלואה, ובפרט למש"כ לעיל דבנמצא ביניהם קא"פ אינם עוברים על לאו דל"ת כלל מהאי טעמא כיון דלית להו תו"ע מגזה"כ, וא"ל דאכתי ליהמני' במיגו דא"ב שתקי מצירוף הקא"פ [ומיגו דא"ב שתקי גם בפנים אמרי', כמבואר בתוס' כתובות (דף י"ח:) ד"ה אין], שהרי גבי ממון לא איברי סהדי אלא לשיקרא וה"נ להימניהו על גוף הדבר, הגם דלית להו תורת עדות מ"מ אית להו מיגו, דז"א, חדא שכבר כתבנו דכל כה"ג אזדא ליה לתורת מיגו לגמרי שאינם רוצים לעבור על ל"ת דליתא בחזרה, דהשתא שאומרים שהיה בצירוף קא"פ דילאו מת"ע מגזה"כ אינם עוברים לדבריהם על ל"ת, משא"כ אם ישתקו מזה, ועוד שמבואר בתוס' כתובות [דף כ"ה:] בד"ה הרי, דאפי' במיגו לא מהימן בכה"ג, ואפ"ל דטעמם הוא כמש"ל מפני שאינו רוצה לעבור על ל"ת, להכי הקדים לומר שהוא בנו, אבל כשיעלים זאת ויאמר שכהן הוא לבד אזי יעבור על ל"ת:

ז **עיון** בהרי"ף בסוגי' זו וז"ל ואף בדיני ממונות שאין להם התראה אם לא ידע העד השני שיש למלוה או ללוה כאן קא"פ מתקיים העדות בשאר העדים עכ"ל, ועיין בהרא"ש שהביא דברי הרי"ף בתשובה וז"ל, שנים החתומין על השטר ונמצא אחד מהן קרוב והשני רחוק וזכור העדות ושניהם באו להעיד אלא שלא היה יודע בקורבתו, והכשיר עדותו של שני וחייבו שבועה על פיו, ובלבד שלא יהא רגיל בו שאיפשר הוא שלא ידע בקורבתו וכו', וגמרינן מינה דמה שאנו פוסלין בנמצא א' מהן קא"פ הטעם דנטפלו לפסולין, הלכך אם יהיו שוגגין ולא נצטרפו לדעת הכשרים בהכשרן ונחלקה מהן עדותן עכ"ל, וכתב בספר פלפלא חריפתא וז"ל וזכור העדות, לכאורה משמע דדווקא כשיזכור העדות מהני עדותו שמעיד על פה ואי לאו הכי לא מהני עדותו שבכתב להשביע, דלא ס"ל דע"א בכתב משביע אלא כשזוכר העדות ומעיד בע"פ. דאל"ה למאי נפקא מינה כתב שזוכר העדות, אך איפשר לי לומר תשובה דלהרי"ף הוה עובדא דהשטר לא יצא עדיין מתח"י עדים, ואזיל הרי"ף לשיטתו, דביבמות פרק ד' אין דכל כמה דלא נפק מידייהו הוי מפי כתבם ואי מדכרי לסהדותייהו מסהדי בה בעל פה עכ"ל, ועיין בהרא"ש שם שהאריך בהשגה ע"ד הרי"ף וטעם הרמב"ן, וגם דברי פלפלא חריפתא דחוקים להוקמא דוקא ביולא מתח"י העדים כתירולו השני, וגם לתירולו הראשון נ"ל דלא ס"ל כדעת הרמב"ם תלמידו [בפי"ד מהלכות מלוה ולוה ה"י ובש"ע סי' כ"ח ס"ב], דע"א בשטר מהני, ועיין בח"מ [סי' ל"ו סעיף א'] ובסמ"ע שם [ס"ק ז']. ובש"ע [סי' מ"ה סעיף י"ג] וסמ"ע [ס"ק ל"ד], דסמ"ע וש"ך מחולקים בזה, דלדעת הסמ"ע מהני כשחתם קא"פ בשטר עם הכשרים אפי' ידעינן שישבו ביחד לחתום. כשהכשרים חוזרים ומגידים לפני ב"ד, והכי משמע לישנא דשו"ע, והש"ך חולק [בסי' ל"ו ס"ק י"ב] דאין טעם לחלק בין עדות בע"פ דלא מהני כשחוזרים ומגידים, לבין עדות שבשטר דהוה כנחקרה עדותן בב"ד:

ולפע"ד אפ"ל דש"ע אזיל לשיטתי' [בסי' כ"ח סעיף י"ב] דפסק כדעת הרמב"ם דעדות שבשטר לא מהני מדאורייי' כלום דהוה מפי כתבם רק מדרבנן שלא תנעול דלת [וצ"ל דהא דשוכר מהני הוא ג"כ מפני נעילת דלת לעושי עול], ומשה"ט מהני במלוה בשטר כשחוזרים ומגידים בע"פ בלא צירוף הפסול, שהרי המלוה יכול לומר אי איפשי בתק"ח, והרי לא הגידו יחד, ואפי' לדעת הרי"ף והרמב"ם דראי' לבד מבטל, הכא דעיקר עדות שבשטר הוא שאמר להם התמו, וכיון דחתימתן לא מהני מידי מדאורייתא, ועל תקנתא דרבנן רשות בידו לומר א"א בתק"ח, נמצא דלא נצטרפו בדבר המועיל גם לכשרים לבדן, משה"ט מהני כשחוזרים הכשרים ומעידין מחדש. לפני ב"ד בלא צירוף הפסול, וכיון דלא מהני הגדה מחדש אלא משום אי איפשי, משו"ה מצרכינן שיזכור עדותו בע"פ ע"י השטר, כמו בכותב עדותו על השטר, ועיין בסי' ק"ב ס"ב גבי הכ לי זיבורית טפי פורתא, דלדעת רוה"פ יכול לומר א"א בתק"ח אפי' להוליא, ואפי' לדעת החולקים שם זהו היכא דעיקר אי איפשי, הוא להוליא מיד, משא"כ הכא שהוא רק לבטל השטר, ואח"כ כשיעידו הכשרים מחדש יכתעף ע"י גלגול דברים יתחדש מזה דבר להוליא, אפ"ל דבכה"ג כ"ע מודים:

ומעתה דברי הרי"ף בתשו' הנ"ל יתבארו היטב, דעיקר דבריו בנויים להציל העשוק שנכשל בשטרו שחתום גם הפסול ונודע שכולן התמו יחד, ולאבר לא נודע לו טיב הדברים אם יודע הכשר בפסול הקא"פ אם לא, לכן השיאו עלה מעיקרא שלא יתבע בשטרו, שאם יתבע בשטרו שוב לא יכול לומר אי איפשי ולעקור תקנתא דרבנן למפרע, ואולי יאמר הכשר שידע בפסול הפסול ויפסיד לגמרי, לכן לא יתבע כלל בשטר שתח"י, הגם דידעי' שהיה תח"י שטר בצירוף הפסול והתמו יחד, לית לן בזה שהרי יכול לומר א"א בתק"ח, ואפי' לדעת הרי"ף דראי' לחוד מלטרפים, דמאן יימר שראו גוף ההלואה ביחד, רק שישבו לחתום יחד ע"י לוואת הלוה, וכיון דלית ביה ממשא מדאורייי' וכמ"ש, לכן יתבע את הכשר לבד שיבא ויעיד לו אם זכור הוא מעלמו ואח"כ נסתיים מילתא שבא גם הפסול עמו, ומעתה תו לית ליה תקנתא. רק לשאול את הכשר אם לא ידע בפסולו, ואז תתקיים עדותו של הכשר:

ח **ובעיקר** טעמו של הרי"ף, דהיכא דלא ידע הכשר תתקיים עדותו, שכתב הרמב"ן שכל עיקר הביטול מפני שנטפל להפסול, עיין בהאבר"י פ"ק דמכות שמשיג עליו עד להפליא, גם לא הבנתי דברי קדשו דהתיכה בפסול, בקרוב מאי איכא למימר, ועוד דאנן פסקינן בפ' המקבל [דף קט"ז] דלא כר"ם דדריש טעמא דקרא, ולפענ"ד נראה דעיקר יסוד דברי קדשו בנויים ע"פ סוגי סדת וכמש"ל [באות ג'] דכיון דגבי ממון לא איברי סהדי אלא לשיקרא, וכיון שנתברר הדבר ע"י הכשרים לחוד אמאי לא נדון כדבריהם, וצ"ל דכמו דנתבטל ע"י קרובים לחוד אפי' ע"י משה ואהרן, דלא יעו מני האמת גם זיז כ"ש, ואפ"ה פסולים גם לגבי ממון, היינו טעמא דכל תוקף ועוז להאמנתן דסהדי, הוא מפני שלא יעברו על לאו דל"ת דחמירא וליתא בחזרה, ולהכי בקרובים דלא הזהירה התורה עליהם בלאו דל"ת, שוב נסתלק מהם כל תוקפי' דסהדי, ושוב לא נשאר אלא אומדנא לחוד שגם במלין דכדי לא ישקרו, וע"י אומדנא לא נוכל לדון ולא מהני מידי להוליא ממון, ועיין מש"כ [באות ג'] דהיכא דנעשו קרובים בשעה שהעידו ולא ידעו מזה מאומה באותה שעה, דאזי לגבי ממון מהני, כיון דלא בעי סהדי אלא לברר הדברים לאמיתן, וגם כל תוקפי' דסהדי מפני שלא יעברו על לאו דחמיר כ"כ, והשתא כיון שלא ידעו בשעת הגדה שנעשו קרובים, הרי כבר דקדקו וחקרו בלבבם היטיב אחרי טיב הדבר כי היכי דלא יעברו, והשתא נהי דלקושטא שנסתיים הדבר שנעשו קרובים ותו לא עברי כיון שהתורה פסלתן מתורת עדות, מ"מ לגבי ממון יש מן הסברא לומר דמהני הגדתן, שהרי כל תוקפי' דעדים מיהת לא נסתלק מהם למפרע, ולא גרע מיהת מחזקה אלימתא דמוליאין ממון ע"פ. והשתא גם בנמצא אחד מהם קרוב או פסול דלית להו תורת עדות מגזה"כ, תו לא עברו על לאו דל"ת, גם כבר כתבתי לעיל [באות ד'] דהיכא שהעלימו קורבתן בפני ב"ד ונתקבל עדותן, דבזה יש עליהם תורת לאו ל"ת, ומשוה"ט ניחא דברי הרי"ף בתשוב' הנ"ל, דהיכא שהכשרים העידו שלא ידעו בשעת ראי' ובשעת הגדה בפסלות של הקרוב או הפסול, ונמלא דלפי דבריהם ליכא שמץ פסלות כלל בעדותן ואיכא חזקה אלימתא דלא יעברו על ל"ת, לכן מהני גבי ממון. דלא בעינן לסהדי שיהיו בגדר עדות דוקא אלא לברר הדברים לאמיתן, וכבר נתברר הדבר לאמיתו ככל תוקפי' ואומן דעדים כשרים, דכיון שאינו רגיל עמו ונראין הדברים שיש להאמינם בזה, דאזי אם ישקרו בעיקר העדות

השדות הרי עוברים אלא הסהדי דעלמא, דלא גרע מהשלימו הורבתם וכמש"ל, ועיין בהשר"י סוף פ"ק דמכות דכתב שם שהרי"ף ס"ל דדמי להא דאיתא בגמרא דשיילינן להו למיחזי אתיתו וכו', ה"נ ס"ל דשיילינן להשרים אם ידעו בפיסולן, ולפ"ד הנ"ל דמי ג"כ בזה, דהתם דגבי למיחזי דשיילינן להו לאחר כדי דבור משנגמרו עדותן כמ"ש תוס' שם בד"ה לאסהודי בסוף הדבור, ה"נ בשאלה זו אם ידעו בפסול של הפסול הוא לאחר כ"ד משנגמר עדותן של הכשרים. דהשתא איכא הזקה אלימתא דלא יעברו על ל"ת. אבל אם ישאלום קודם שהעידו, דהשתא נודע להם בצירוף הפסול עד שלא העידו ותו לית בהו משום לאו דל"ת, כמו בכל פסולי עדות, וכן הוא גם אם נשאלים בתוך כ"ד משהעידו דאכתי לא נגמרה עדותן כמ"ש תוס' בב"ק [דף ע"ג ע"ב] בד"ה שהעידו, וכן משמע מדקדוק לשון הש"ע [סימן ל"ו סעיף ב'] :

ט **וי"ש** להבין לפ"ד הנ"ל [באות שלפני זה], א"כ לדעת רוב הפוסקים דלא הוי צירוף אלא בראי' והגדה לפני ב"ד, וכדעת תוס' ורשב"א והרא"ש ור"ן א"כ כשרואה המלוה שכבר נתקבל עדותו של הפסול ג"כ, ועד שלא נגמר הדין יאמר אי איפשי בב"ד זה דמדאורייתא בעינן מומחין, [והיינו בזמן הגמרא דאיכא סמוכים בא"י, ואפ"ה הוי התקנה דגם אינם סמוכים יכולים לדון, כמ"ש תוס' סנהדרין (דף ג') ד"ה שלא, וברא"שונים שם, ע"כ יאמר המלוה דילך לסמוכים], דכל עיקרן של בתי דינים השתא הוא רק מדרבנן לטובת המלוה משום נעילת דלת, כדאיתא בריש סנהדרין, וקודם שנגמר הדין בידו לומר אי איפשי בתק"ח, ועודנה לא הגידו בפני ב"ד, דבשלמא כשנגמר הדין כבר חל תקנתא דרבנן ותו אין יכול לבטל למפרע ע"י אי איפשי, וי"ל דמבואר בש"ך [סי' כ"ה ס"ק י"ב], דכל קבלה דאיתא בסי' הנ"ל לא בעי קבלה בפירוש, אלא כשבא מעצמו לב"ד ולא שלחו אחריו, דינו כקיבל עליו בפירוש, ומביא כן בשם רוה"פ, וכיון שמלוה בא מעצמו לפניהם, הרי לגבי דידי' הוה כקיבל עליו בפירוש שלשה רועי בקר דגם מדאורייתא אינו יכול לחזור בו, [ועי' מ"ש בריש סי' מ"ח] ואע"ג דקודם גמר דין יכול לחזור בו, זהו לעצמות הדין שילא ע"פ. אבל לענין קבלת עדות מיד שהעידו הוה כגמ"ד כדאיתא [בסי' כ"ב בהג"ה שלישית סעיף א'], הגם דלכאורה יש לחלק משם דמיירי בענין עד פסול וקיבלו עליו ככשר, אבל לאחר עיון נראה דאין לחלק, דהכא נמי כל עיקרו הוה ג"כ רק לענין קבלת העדות אם נתבטל ע"י הגדתן בב"ד אם לאו, גם אין להקשות דהא כל עיקרו של קבלת בע"ד בסי' כ"ב בעינן דקיבל עליו לפני ב"ד דווקא, וכמ"ש הש"ך שם ס"ק א', וכיון דהשתא ליכא סמוכין תו לא משכחת לן השתא דניהוי להם תורת ב"ד מדאורייתא, והדרא קושי' לדוכתא דיאמר אי איפשי, דזה אינו, דכל עיקרו דבעינן קבלה בפני ב"ד, הוא רק למען יגלה מלפון לבבו שסמך עליו בגמר דעתו, וכעין דאיתא בפ' המוכר את"פ [דף ס"ג:] בחנוני המקיף דאגן סהדי דסמך דעתי' עלי', ומהאי טעמא איתא שם בסי' כ"ב דגם בפני טובי העיר מהני, ולא גרע בי דינא דהשתא לענין זה מטובי העיר אפי' לדינא דאורייתא דבעינן מומחין, הגע בעצמך שהרי גם לדינא דאורייתא מהני מיהת הקבלה בקיבל בפני טובי העיר, כשם דמהני השתא אע"ג דלא גמירי כלל :

י **עיין** מכות [דף ו'.] תוס' ד"ה אמר ר"י פי' הקונטרס משום דכתיב והצילו העדה וכו', וקשה לפי' דא"כ דיני ממונות נילף מינייהו, דהא כתיב משפט אחד, ועוד דבד"מ נמי כתיב ע"פ שנים או שלשה עדים וקים ג' לב' עכ"ל. והנה למען הצדק דברי רבינו רש"י ז"ל כלפע"ד ליישב קושי' התוס' אחת אל אחת על נכון, אחר העיון היטב. ראשונה, אשר הקשו דנילף ד"מ מד"נ משום דכתיב משפט אחד, נקומה נא ונראה בדברי רבותינו בעלי הש"ס דלא מלינן למילף ד"מ מד"נ כ"א בדבר הקבוע בד"נ למשפט חרוץ בין לזכות בין לחובה, עי' סנהד' [דף כ"ח.] אשכחן לחובה לזכות מנלן אמר קרא יומתו יומתו תרי זימני, אשכחן בד"נ ד"מ מנלן אמר קרא משפט אחד ולכאורה הוא תמוה דמה מקשה הש"ס לזכות מנלן הא כ"ש הוא דלא מסימן לזכות, או דנילף ממשפט אחד יהיה לכם, א"ו אי לאו דכתבי' קרא להדי' ל"ה ילפינן זכות מחובה משום דהו"א דבאתי גבי חובה דאינו נאמן משום דכתיב והצילו העדה, ולזכות ג"כ ניהמני' משום הצילו העדה, ולהכי בעי מנלן. והשתא דאתי מקרא דלא מהימן אפי' לזכות, הדר יליף ד"מ מד"נ מדכתיב משפט אחד, אלמא דלא ילפינן ד"מ מד"נ כ"א בדבר הקבוע בד"נ הן לזכות הן לחובה, נמלא ממילא גבי כמלא א' מהן קרוב או פסול דבטילה בד"נ ובד"מ קיימת וכל היכא דהוה עדותן קיימת בדיני ממונות מלגת בד"נ, כדאשכחן לקמן [דף ו':] גבי עדות מיוחדת דאמר ר"נ דכשירה בד"מ ומתקיף לה מר זוטרא אלא מעתה בד"נ הכי עיין פירש"י משום דכתיב והצילו העדה, וה"נ גבי קרוב או פסול כיון דעדותן קיימת בדיני ממונות ממילא מלגת בד"נ, כגון אם נמלא אחד מהן קא"פ בכת המזמת את העדים דלא קטלינן לא לרוצח ולא לסהדי, דלגבי רוצח הוי עדותן עדות, ולגבי סהדי הוי עדותן בטלה, וע"כ הוא משום דכתיב והצילו העדה, והו ל"ק דנילף דיני ממונות מדיני נפשות כיון דגבי דיני נפשות ל"ה משפט חרוץ בין לזכות בין לחובה הו לא מלינן למילף דיני ממונות מדיני נפשות, ולהכי נקט רש"י בדיוק משום דכתיב והצילו העדה :

גם מה שהקשו שוב על רש"י דהא בד"מ נמי כתיב ע"פ שנים או שלשה, נראה ליישב על נכון, תחלה נדקדק בדברי הגמרא דלכאורה תמוה לדברי רבי דס"ל דגם בד"מ עדותן בטילה, משום דגבי ממון נמי כתיב ע"פ שנים או שלשה עדים, למה לן למיכתב תרי קראי לכתוב גבי דיני ממונות להוד ונילף ד"נ מיני' משום דכתיב משפט אחד, תו קשה לר' דס"ל דבעי' שיתכוין להעיד דווקא, אמאי לא מקשינן שלשה לשנים, כי היכי דבשנים נמלא אחד מהן קא"פ עדותן בטלה אפי' לא נתכוונו להעיד, ה"נ נימא גבי שלשה דעדותן בטלה אפי' לא נתכוונו להעיד, ונראה דהדא מיתרלא בחברתה, דלהכי הזר וכתבה רחמנא ע"פ שנים או שלשה תרי זימני משום דליהוי מיעוט אחר מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות, ומרבה לן הכתוב דלא בכל זימני הוי עדותן בטלה רק היכא דנתכוונו להעיד אבל בלא נתכוין להעיד הוי עדותן קיימת, והא תינח לרבי דבעי שיהיה מתכוין להעיד, אבל לר"י דס"ל דלא בעי שיתכוין להעיד הקושי' במק"ע. דאי ס"ד דגם בדיני ממונית נמי עדותן בטלה ל"ל למיכתב תרי זימני, א"ו דעקרינן ליה לקרא דגבי דיני ממינות מדוכתיה לגמרי ומוקמינן ליה נמי בד"נ, ולהכי הדר והדבי' קרא משום דכתיב בית יקום דבר, ולילף מיניה דדוקא במקיימי דבר כדאמרינן בגמרא, כי היכי דלא תיקשי ליה הורג ורובע ילילו, ולהכי מוקים לכולי' קרא בדיני נפשות אבל בד"מ הוי עדותן קיימת, מבא"כ אליבא דר' דנ"ק לן כלל הורג ורובע ילי', ממילא נשאר הכתוב במקומו בד"מ, ומיני' ילפינן לחלק בין למיחזי בין לאסהודי. ועתה הורווח לנו משני קושי' התוס' ודברי רש"י עולים על נכון :

יא **עיין** רש"י ד"ה והוא שהעידו תכ"ד ותוס' ד"ה אמר רבא וז"ל וקשה דהא משמע כו' דקאמר הרוג יליל, לכ"נ דלא קאי כו', ועי' עוד תוס' ד"ה שמואל אומר וז"ל וגם לרבי קשיא כו' ובמהרש"א שם. והנה נברר ונייבר את תבלוכות רבותינו הק' רש"י ותוס' בסוגיא זו. הנה לכאורה הוא מן התימה דמה מקשה תוס' בד"ה א"ר על פירש"י דס"ל דגבי קרוב או פסול בעי' נמי תכ"ד, מהא דמקשה ר"פ הרוג יליל הא מימרא דרבא הוי אליבה דרבי דבעי שיתכוונו להעיד, וקושי' ר"פ הוה אליבא דר"י דלא בעי אפי' כוונה להעיד. ונראה דדברי רבותינו בעלי התוס' נכונים למאד וכוונה עמוקה טמון בחכם דהנה נעמוד על המחקר ונביטה ונראה לדברי רש"י ז"ל דמימרא דרבא סובבת ג"כ על דין דנמלא אחד מהן קא"פ, דמנ"ל לרבא הא, דהא לא אשכחן במתניתין דפליגי רבי ור"י אלא אי בעינן שיתכוונו להעיד א"ל, והוא דלרבי בעינן דגם הפסול יהיה לו יד ועילוי באותה עדות יותר מן הכשר, לדעת רש"י דס"ל דשיילינן ליה לקא"פ, [כאשר גם הש"ך דס"ל בדעת הרמב"ם אם כולם לא נתכוונו להעיד עדותן בטלה, מכל מקום מודה דדעת רש"י אינו כן כמ"ש סוף ס"ק ג'] ולר"י לא בעינן שיהיה לפסול שום יד ועילוי באותה עדות כ"א בראיה לחוד מצטרף ג"כ. אבל מנ"ל הא דבעי' נמי הגדה תכ"ד, א"ו מלד סברא דנפשי' אמרה רבא להא מילתא והוא דבעי' הגדה תכ"ד, כי היכי דליהוי נקראים נמי בשם כת א', וע"ז מקשי התוס' שפיר כיון דמלד הסברא אמרה רבא, א"כ מנ"ל תו לחלק בין רבי ור"י בהא מילתא, נימא דלר"י נמי בעינן דליהוי כת א', ולא פליג רק אי בעי' דליהוי להו יד ועילוי באותה עדות א"ל, ומנ"ל לחלק ביניהם נמי בהא, אמנם אחרי העיון הדק היטב בדברי רש"י הקדושים נכונים הם למוצאיהם, עיין רש"י ד"ה היכי אמרינן להו וז"ל לקא"פ למבדקינהו אם לעדות נתכוונו. והנראה מדבריו הק' דכל דין של נמלא אחד מהן קא"פ הוא דבעינן דליהוי לקא"פ יד ושם באותו עדות בעילוי יותר מן הכשר, והוא דכפסול

דבפסול בעינן דוקא שיתכוין להעיד, ובכשר לא איכפת לן כלל בכוונתו, ובעינן כמי שיעלו לשם כת א', וא"כ נמלא היכא דבאין לידי הגדה, בעינן שיעידו תוך כדי דבור, כי היכי דלא לינתק מינייהו שם כת א' ג"כ. אמנם כ"ז הוא היכא דמהגדת הכשר אין מוכרח שהיו אז פסולי' באותו מעמד בשעת ראיית העדות, ולז בעינן שגם הפסולין יגידו, כי היכי דלא ליהוי לכשר שום עילוי יותר מן הפסולין, ובעינן כמי תוך כדי דיבור כי היכי דליהוי עלייהו שם כת א' ג"כ. אבל היכא דמהגדת הכשר מוכרח דהיו אז פסולין באותו מעמד, תו לא איכפת לן בהגדת הפסולין כלל, ועתה עולה קושיית הגמ' הרוג יליל במישרים, כיון דמהגדת הכשרים מוכרח שהיו אז אלו הפסולים בשעת ראיית העדות, ולר"י לא בעינן כוונה להעיד כלל משום דלא בעינן עילוי נוסף לפסולי' אלידי' כלל, א"כ הרוג יליל אע"פ שלא יבא לידי הגדה כלל, דהא דבעינן הגדה היינו דווקא אליבא דרבי דס"ל דבעינן כוונה להעיד כי היכי דליהוו הפסולי' בעילוי יותר מן הכשרים וגם ילטרפו יחדיו, אבל לר"י לא בעינן כלל, א"כ ממילא הרוג כמי יליל, ובמסילה זו נעלה, וירווח לנו דברי התוס' [ותשלום דברים האלו לא באו לידי] :

סימן נו

מה שלקטתי מחידושי אאמו"ר המחבר זצלל"ה.

הנוגע לסימן ע"א בש"ע

א הנה הט"ז [סוף סי' ס"ע] כתב במי שקיבל עיסקא והתנה שלא יהא נאמן לומר דהיה הפסד עד שיברר והוא טוען שהי' הפסד דנאמן במיגו דלא התנה כלל, והגאון בעל חכם לבי שם חולק ע"ז עיי"ש, ובאורים ותומים [סי' ע"א ס"ק ג'] הכריע בזה דאם היה תנאי בעדים רק שכפיו ליתנייהו כגון שמתו או הלכו למדה"י, הדין עם הט"ז דמתחילה לא היה תנאי לבטלה דאלו היו העדים כאן והעידו היה התנאי מועיל רק עכשיו נולד מיגו הואיל ועדי תנאי ליתנייהו. אבל במתנה תחילה בינו לבין עלמו א"כ ע"כ דכך היה התנאי דלא יועיל מיגו דאל"כ לאיזה לורך התנו הלא תמיד יהיה לו מיגו, ואין אדם מוליא דבריו לבטלה. ונראה דדין זה מוכרח מעיקר דינו של נאמנות דהא חזינן היכא דנתן לו נאמנות כבי תרי דתו לא מהימן לומר פרעתי אפי' היכא דהביא עדים, ומחויב לפרוע עוד הפעם. והקשה הבעל התרומות [ריש שער כ"ו] מובא בש"ך [סי' ע"א ס"ק כ'] דאמאי לא יחשב כתרי לגבי תרי וישאר ביד המוחזק דנכסי דהימני' כבי תרי יותר מבי תרי מי הימני', וע"ז תירץ כיון דאי נימא דיחשב כתרי לגבי תרי לא הועיל כלום בנאמנות אשר נתן לו כבי תרי דהא לעולם ישאר בידו היכא שיכחישוהו שנים ואין אדם מתנה לבטלה, אלא ודאי דכוונתו היה להאמינו יותר משנים, אלמא דבכדי שלא יחשב כמוליא דבריו לבטלה מוסיפין ומפרשין דבריו אפי' להוליאן מטע מפשטן, ומכ"ש היכא שא"ל להוסיף ולפרש דודאי אמרי' דאין אדם מוליא דבריו לבטלה:

והנתיבות המשפט [שם ס"ק ד'] הקשה ע"ז דהא חזינן דמהני מיגו כהאי היכא שיכול להכחיש עיקרן של הנאמנות, דהיכא דנתן לו נאמנות כבי תרי ואין העדים לפנינו דמהימן במיגו דאי בעי טען מעולם לא האמנתיו, אע"ג דהימני' יותר מבי תרי ומיגו במקום עדים לא אמרינן בעלמא, ומכ"ש דלא נימא מיגו במקום נאמנות. אלא ודאי דהיכא דיכול להכחיש עיקרו של הנאמנות אזי נהימן אפי' במקום עדים, דמשם אחר הוא דאתאן עלה משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ומיגו כהאי אלים טובא, וע"ז הביא ראי' מדברי התוס' ב"ק [דף ע"ב:] ד"ה אין לך בו כו', וז"ל ועוד נראה דקלא דמי האי מיגו למיגו במקום עדים שהרי יש עדים כנגד האי מיגו להכחישם, ואע"פ שיש כמו כן עדים עם המיגו אין בכך כלום כו' והא דאמר בפ"ב דכתובות שנים החתומים על השטר ואמרו קטנים או אנוסים היינו דאם אין כת"י יולא ממק"א הרי אלו נאמנים האי לאו מיגו הוא שאין השטר מתקיים אלא ע"פ והפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' עכ"ל התוס'. תוכן דברי הגאון המחבר לאמר שבנה דיק מדברי תוס' ב"ק דהפה שאסר עדיפא מעדים גמורים, ומשום הכי אע"ג שנתן לו נאמנות כבי תרי מכל מקום נגד מיגו דהפה שאסר לא האמינו א"כ נידון ממילא דאפי' כשנתן לו נאמנות כבי תרי בינו לבין עלמו דנכסי דמוכח דנתן לו הנאמנות גם נגד הפה שאסר דאל"כ הוי לבטלה, ס"ס לא האמינו אלא כבי תרי דגריעי מהפה שאסר :

והנה שפט פני הדבר כפשוטו דנרא' מדברי התוס' דהפה שאסר הוא הפה שהתיר אמרינן אפי' במ"ע [וכ"כ הנתיבות בסי' קמ"ט סק"ט]. והנה בעיקר הדבר לא ידעתי היאך יעלה על הדעת לומר דמהימנינן ליה מכח הפה שאסר אפי' במקום דאיכא עדים לפנינו, הגע בעלמך אשה האומרת אשת איש הייתי וגרושה אני שגירשני בעלי ביום פלוני ועדים מעידים לפנינו שלא גירשה באותו היום, הכי נאמין לה להכחיש את העדים, ועוד יש להביא ראיה לזה, דהא נקטינן דאשה שאמרה פלוני חכם טיהר לי את הכתם והחכם מכחישה דהחכם נאמן ויולאת בלא כתובה, [וזהו דעת הרמב"ן ורמב"ם וסמ"ג עי' בבית שמואל סי' קע"ו סק"ד, ולהפוסקים החולקים הוא משעם דבממון אין עד אחד נאמן, אבל עדים בוודאי נאמנים לומר שלא היה הפלוני חכם באותה שעה בעיר כמבואר ברא"ש כתובות, ולא מהני לה הפה שאסר], ואע"ג שיש לנו לומר דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, אלמא כיון דאלים נאמנותו של חכם כעדים תו לא מהני לה אפי' מיגו אלים כהאי להכחישו, ומה שהביא הנתיבות ראיה מדברי התוס' נראה דאין להוכיח כלל מדברי תוס' הנ"ל, דשאני התם גבי אנוסים היינו דלא נפקע מהם שם עדות גם השתא דמהימנינן להו דאנוסים היינו דמהימנו לבעל השטר בתורת עדות, ושיעור דבריהם בזה נמשך על מה שכתבו בלשונם בתחלת תירולם ואע"פ שיש כמו כן עדים עם המיגו אין בכך כלום, ועל קוטב זה הוא דחילקו אח"כ דזהו דוקא במיגו דעלמא דאי בעו אמרי מילתא אחריתי לגמרי הוא דל"א אע"ג דלבסוף יתעלו דבריהם לתורת עדות. איברא במיגו דאי בעו שתקי אמרינן בקוטב זה דוקא, והוא כשיתאמנו דברי' השתא אזי יתעלו בדבריהם ג"כ לתורת עדות אזי הוא דמהימנינן להו אע"ג דהשתא בתחילתו הוי המיגו במקום עדים, וזהו דוקא גבי עדים, אבל בבעל דין עלמו ודאי דלא מהימנינן ליה במקום עדים אפי' במיגו דאי בעי שתיק וכמ"ש. [ועמ"ש בהגהות והערות ע"ד הפלאה כתובות פ"ב בזה]:

ועל גוף קושייתו אשר ילא לדון עלה מכח קל וחומר דחזינן דמהימנינן ליה במיגו דאי בעי שתיק במקום נאמנות כבי תרי מאי דלא מהימנינן לעדים, תמוה בעיני היכן מלינו דילפינן ק"ו בדבר ולשון שאינו ד"ת עלמו מדבר שהוא ע"פ משקל דת תוה"ק, אדרבה מלינו כמה וכמה פעמים דאין למדין ק"ו אפי' בדברי חז"ל, ומכ"ש בלשון הדיוט בלשון שדיברו בו בני אדם [עי' נזיר כ"ו ע"ב במשנה אמר ר"ע וכו' ובפרק ח' דטהרות משנה ז' ובפ"ג דידים מ"ב דאין למדין דברי תורה מדברי סופרים וד"ס מד"ת וד"ס מד"ס] לכן חכמים שיערו דבריהם דיש מקום לומר דאף דהימני' כבי תרי, מכל מקום אפ"ל דהיכא דאית לי' מיגו לבעל דין לא הימני', [הגם דלדינא עדים עדיפי ממיגו, מפני שכן מלינו כמה אינשי דעדיפא להו שבועת בעל דין יותר מעדים משום דחשידי להו עדים בלא שבועה יותר מבע"ד עלמו ע"י שבועה], ומכ"ש ממיגו דהפה שאסר. והשתא תוכן הדברים לקושטא ע"פ דעת סוגי הדת תוה"ק אין לך דבר מעולה מן עדים דלא הוכחשו מעדים אחרים, ומש"ה לא מהני אפי' כשמביא סהדי דפרע בפניהם, דאמרינן דדעתי' היה כבי תרי דלא הוכחשו או משום דאל"ה תהיה כל הנאמנות כבי תרי לבטלה, רק דיש מקום לומר דלהכי האמינו כבי תרי משום דיירא המלוה לנפשי' דאולי יחזור אחרי עדים דמסהדי בשיקרא. אבל נגד ראיה שהוא בעלמותו כגון מיגו דהפה שאסר לא האמינו, וכיון דיד בעל השטר על התחתונה תלינן בכל דהוא ונקטינן פני הדבר דכל עיקרו הוא מפני יראה לנפשו מסהדי שקרי. אבל לא במקום שיש הוכחה בעלמותו כגון מיגו דהפה שאסר. איברא זהו היכא שיש מקום לעיקר הנאמנות היכא דליכא למיגו דהפה שאסר. אבל כשהאמינו בינו לבינו דאיכא הוכחה ברורה לפנינו, נקטינן הדברים כפשטותן דאפי' נגד עדים האמינו ומכ"ש נגד מילתא דזוטרא מיני'. איברא מכל מקום היכא דאמר אל תפרעני אלא בעדים נאמן בשבועה במיגו דנאנסו כמו שפסק רמ"א [בסי' קל"ג], ומ"ש התומים דא"כ לא אהני ליה התראתו מידי, נראה כיון דמ"מ מהני ליה שנתחייב ע"י לישבע ש"ד לרוב הפוסקים או שבועת המשנה לדעת רז"ה וש"ך [סי' רנ"ו סק"ג]:

ב הקצוה"ח [ריש סי' ע"א] מביא בשם תשו' מהרי"ט [ח"א סי' ס"א ס"ב] ת"ש דעת ה"ר משה הלוי דאפי' נגד

נאמנות

נאמנות סתם לא מהני מיגו, ומיגו דהפה שאסר מהני אפי' נגד נאמנות כבי תרי, והמהרי"ט חולק בזה וס"ל דאין לחלק בין מיגו למיגו רק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי, ומביא ראיה לדבריו מתוס' ריש גיטין שנשאו ונתנו אם טעינן מזויף ליתמי וללקוחות ושלא בפניו. וכתבו שם דא"כ לא שבקת חיי לכל ברי' שיכול לזייף לעולם על יתמי ולקוחות, ומיהו כתבו דאין זה ראי' דנהי דלא טעינן מזויף אבל טעינן פרוע דאבוהון נאמן במיגו דמזויף, ומזה הביא המהרי"ט ראי' דמהני מיגו נגד נאמנות דאל"כ אכתי יכול לזייף ולכתוב בו נאמנות. וע"ז השיגו בקצה"ח שגם לפי סברתו קשיא דיכול לכתוב בו נאמנות כבי תרי. אלא בע"כ צ"ל כדעת מהר"ם הנ"ל דמיגו דהפה שאסר עדיף ומהני אפי' נגד נאמנות כבי תרי, [וכן הש"ך בסוף סק"ב מרמז על דברי המהרי"ט האלו], ויפה השיג שכן מבואר בתוס' ב"ק [דף ע"ב:] בסוף ד"ה אין. ובחידושי רמב"ן ב"ב פרק המוכר את הבית [דף ע'] ד"ה או דילמא דפרוע במיגו דמזויף עדיפא משאר מיגו דדמי להפה שאסר, וא"כ קשה על המהרי"ט בתרתי, חדא דמה הקשה על המהר"ם הלוי הלא במיגו דהפה שאסר מודה, ועוד דאדרבה דעל המהרי"ט קשיא דהא יכול לזייף ולכתוב נאמנות כבי תרי:

איברא כדי להצדיק ד"ק לתרץ קושי' הראשונה נראה דנהי דלמסקנא כן הוא, זהו לדידן דפסקינן דטענינן ליתמי מזויף ולהכי דמי למיגו דאי בעי שתיק. איברא השתא לס"ד של תוס' דלא טענינן מזויף דלא שכיח כלל דלא נחשדו בני ישראל ע"ז רק היכא דטען אידך טענה מבוררת. אבל בלא"ה מוליאין ממון מחזקתו, מסתברא דתו לא דמי כלל למיגו דא"ב שתיק, כיון דצריכין דוקא לטענת ברי דאידך, דבלא זה מוליאין מחזקת ממון אפי' מיתמי ולקוחות:

גם על קושי' שניה דאכתי יכולין לזייף ולכתוב בו נאמנות כבי תרי, יש לייסב דנראה בפשטא דעיקר סברת המהרי"ט לחלק בין נאמנות סתם דמהני מיגו נגדו, ולא כן בנאמנות כבי תרי, דכל זמן דליכא עדים גמורים נגד המיגו אזי חשיבא המיגו כעדים, ומש"ה בנאמנות סתם אף על גב דגם במלוה על פה מוליאין ע"י אפי' מיתמי היכא שהאמינו נגדם [כמבואר בש"ע סעיף י"ז], מ"מ מהני מיגו דכל זמן דליכא עדים דמכחישי לפנינו חשיבא המיגו כעדים, משא"כ בנאמנות כבי תרי דחשיבא כעדים כשרים, אזי לא מהני מיגו, דהוי כמיגו במקום עדים. כללו של דבר דלעולם לא מסלקינן המיגו רק במקום עדים ברורים אבל זולת זה אפי' בדבר דאלים כל כך דמוליאין ממון על ידו, [כגון נאמנות סתם וחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו] אפ"ה במקום שמיגו מנגדו הרי המיגו בתוקפה ולא מסלקינן לה על ידיהם. והשתא ניחא דנהי דלס"ד דתוס' דלא טענינן מזויף ליתמי ומוליאין ממון מחזקתו, משום דזה גופא כעין חזקה דמי דלא נחשדו לזייף. אבל מ"מ לא חשיב כאלו מסהדי העדים לפנינו, ולא עוד אלא דחזקה שלא נחשדו גרוע מנאמנות סתם ושאר חזקות שהרי בדיבור בעלמא [אם טוען מזויף] נסתלקה לגמרי, ומש"ה ירד ממדרגתו העליונה למדרגה הפחותה ממנו באפס דבר, ומשום האי טעמא גופי' הרי המיגו בתוקפה, הגע בעצמך מי שהוליא שטר שאינו מקוים על יתמי ותפס מהם בעדים ויש ליתמי עדים שלא לוה, הכי נימא דחשיבי כתרי ותרי ומועיל תפיסתו, ואפי' לדעת מקצת פוסקים דלא טענינן מזויף ליתמי, דמ"מ אין לשטר זה תורת עדות, רק דנידון כחזקה בעלמא, דלגבי סהדי לאו כלום הוא, וה"נ נגד מיגו לשיטתו דכל זמן דליכא סהדי דמכחישי לפנינו חשיבא המיגו כסהדי. אולם לדעת מהר"מ הלוי שפיר הקשה דלדידי' אפי' בדבר דלא חשיב כסהדי מסלקינן למיגו שהרי אפי' בנאמנות סתם מסלקינן למיגו ועי' היטב, וא"ל דא"כ גם על מהר"מ הלוי לא קשה כל כך דנהי דנאמנות סתם מסלק' למיגו, זהו היכא דידעינן בבירור אבל לא ע"י חזקה דלא חשידי, דאכתי בזה לא יעלה תרופה לקושייתו, דכיון דאית ליה דאפי' דבר דלא הגיע לכחו של אנן סהדי מסלק לתוקפי' דמיגו, הרי עודנו לא שבקת חיי שיכול לזייף ולכתוב בו נאמנות כב"ת [עתה נשכילה כי מה שתמה הקצה"ח על המהרי"ט הוא קושיית מהרי"ם בעלמו]:

ונראה דעיקרן ושרשן פלוגתייהו תלי' בפלוגתא דרבי ור' נתן בקידושין [דף ס"ד:] באוקימתא דאביי שם וכדאסברא לן בדיני דהכיר בזמנו [סי' כ"ם אות א'] יעו"ש, ודעת מהרי"ט דמה לו לשקר כעדים דמי, ואפי' לר"נ איפשר לומר כן, דשאני התם כיון דמוחזק באחין והוא אומר כנגד החזקה הנודעת לכל או משום שאומר בשעת מיתה להיפוך דהגדה זו דבשעתו היא העיקרית כמ"ש התוס' יבמות [קט"ו.]

בסוף ד"ה או דילמא, ומש"ה אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע דמה לו לשקר כזאת [דאיתרע על ידי הגדתו דשעת מיתה] איכו אלא כחזקה. אבל מיגו דעלמא איפשר לומר דגם לר"נ כעדים דמי, ומהר"מ הלוי [והמ"ע בתי' הראשון] וש"ך דהברי לחלק בין מיגו דהפה שאסר לשאר מיגו, דבכל מיגו דעלמא ל"מ אפי' כנגד נאמנות סתם דהבירא להו דמה לו לשקר כחזקה דמי, ואפי' לרבי. דשאני התם דמיגו אלימא כהאי דא"ב מגרשה לפנינו ונראה לכל שאינה אגידא עוד הוא דעדיפא מכל מיגו דעלמא וחשיבא כעדים וכמ"ש הרשב"א והר"ן שם. אבל שאר מיגו דא"ב טען כך גריעא טפי ולא מהני אפי' כנגד נאמנות סתם, והא דמיבעי' לן בש"ס ב"ב [דף ה':] בתוך זמנו אם מהני מיגו במקום חזקה, שאני התם כיון דעכשיו הוא לאחר זמן והפה שאסר והודה דלא פרעו לאח"ז הוא שטוען שפרע ת"ז, ולשיטתם הרי מיגו דהפה שאסר עדיפא משאר מיגו [וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו בפרק המוכר את הבית דגבי תוך זמנו דמי להפה שאסר] דאפי' נגד נאמנות כב"ת מהני ליה. אבל מהרי"ט דלא ס"ל לחלק בין פה שאסר לשאר מיגו, והא דכתב הרמב"ן לחלק, הוא למ"ד שם דלא מהימן במיגו נגד שטר גבי שטר כיס. אבל לדינא דפסקינן דנאמן במיגו דעלמא נגד שטר. אלמא דמרע ליה לחזקה לגמרי דאפי' תפיסה לא מהני, אלמא דמה לו לשקר כעדים דמי, ות"ז החזקה עדיפא דאפי' במלוה על פה מהימן המלוה בלא שבועה הוא דמיבעי' לן ופסקינן בת"ז דכחזקה דמי לפי שהמיגו הוא נגד חזקה דאלימא כל כך ולא אתי' חזקה ועקרה לחזקה לגמרי לכן מהני תפיסה אח"כ:

איברא לדינא כבר הכריע בקצה"ח [סי' ק"ח סק"ד וסי' נ"ז ס"ק י"א] דכן נראה בש"ע בכמה מקומות דמיגו דהפה שאסר עדיפא ממיגו דעלמא ודבריו מוכרחים, א"כ ממילא מוכח דמלל"ם כחזקה דמי ול"מ אפי' נגד נאמנות סתם ומיגו דהפה שאסר מהני אפי' נגד נאמנות כב"ת [ודוקא שהיה עדים כשנתן לו הנאמנות רק עכשיו ליתנייהו. אבל אם בעת שנתן הנאמנות לא היו עדים אזי אמרינן אין אדם מוליא דבריו לבטלה וכמ"ש לעיל באות הקודם]:

אולם מ"ש [בסי' ע"ח סק"ה] גבי יומא דמישלם זמני' דלא מהימן במיגו דפרעתיך היום, דאין לומר משום מיגו דהעזה דגבי ממון מהני מיגו כזה, וא"ל משום דזו העזה יתירה לומר פרעתיך היום ושכחת, שהרי גבי משכון בעינן דראו בידו באוחה שעה שטענו דאל"כ מהימן במיגו דהחזרתי לך היום, אלא ודאי הא דל"מ במיגו כמו לאח"ז הוא, משום דביומא דמישלם זמני' ליכא הפה שאסר כיון דאם לא טען לא טענינן ליה משא"כ בלאחר זמן ודבריו נכוחים וישרים למולאי דעת, אלא דבעיקר הדבר יש לפקפק דאיכא למימר בפשטא משום דהוי מיגו דהעזה הגם דגבי ממון אמרינן, מ"מ הורע כחו של מיגו כזו ותו ל"מ במקום חזקה, דבמיגו ריע כזו לא מיבעי' ליה בגמרא דודאי חזקה עדיפא וכ"מ באורים שם, אלא דאכתי יש ליתן מקום לדברי בעל הקצה"ח דא"כ אכתי להימני' דפרעתיך ת"ז במיגו דיש לי בידך כנגדן וטענה זו נהימני' במיגו דפרעתיך היום, מיהא גם בזה יש לדון ולומר דלא מיבעי' ליה בש"ס במיגו במקום חזקה אלא בטענה דא"ב למיטען שהיא טענה מעולה בעצמותה, אבל היכא שגם הטענה דא"ב למיטען ג"כ אינה מעולה שהרי לא מהימני' לי' אלא במיגו אלמא דהורע כחו לכן במיגו כזו לא מהני במקום חזקה, [ועמ"ש בזה בסוגי' דתוך זמנו והוא כעת בהגהות והערות]:

ג נהדרין לעיינא לבאר היטב לדידן דפסקינן דבין בנאמנות סתם ובין בנאמנות כבי תרי דלא מהני מיגו נגדם רק הפה שאסר, וכן הוא דעת [הסמ"ע בתירוץ הראשון] וש"ך ודעת ר"מ הלוי, וצריך להבין דמדוע גבי נאמנות דל"מ מיגו נגדם ואפ"ה בפש"א מהני לגמרי ול"מ תפיסה דאידך, וגבי ת"ז ותבעו לאחר זמן דהוי כמו הפה שאסר כמבואר ברמב"ן הנ"ל ובש"ך [סי' ק"ח] בתחילת תירוצו על המחבר שם דגבי ת"ז דמי להפה שאסר, ואפ"ה מהני תפיסה, כמ"ש הש"ך [סי' ע"ח ס"ק י"ט] והרי נאמנות כב"ת עדיפא מחזקה דת"ז שהרי אפי' סהדי לא מהני, ואפ"ה הפה שאסר מסלקה ליה לגמרי, וביותר קשה לדעת הש"ך במסקנת דברי קדשו [בסי' ק"ח סק"ז] דמדחי לגמרי האי חילוקא בין הפה שאסר לשאר מיגו גבי תוך זמנו, וגבי נאמנות סובר לחלק כן אפי' בנאמנות כב"ת דעדיפא, ובמה לו לשקר דעלמא אזלינן בתר איפכא, דאפי' בנאמנות סתם ל"מ להחזיק, וגבי ת"ז מהני אפי' מלל"ם דעלמא להחזיק, לדעת הש"ך שם דלא ס"ל לחלק גבי ת"ז בין מה לו לשקר ובין הפה שאסר, ונראה דעיקר הדבר דגבי נאמנות

כאמנות דכל תיקפי' נעשה מדעת הלוה, לכן במקום השפה שאסר אמרינן דאדעת' דהכי לא הימני' [וכמ"ש לעיל] משא"כ גבי תוך זמנו שהוא חזקה בעלמותו דמסתמא אינו פורע ת"ז, לכן ס"ל להש"ך דשם אין לחלק כלל בין מלו"ש לבין שפה שאסר, וגם לדידן דפסקינן גם בתוך זמנו לחלק, מכל מקום אין בתקפו של השפה שאסר לגבי ת"ז כמו גבי נאמנות, דאפי' לגבי נאמנות כהי תרי ל"מ תפיסה דאידך כמו גבי ת"ז, כיון דסוף סוף החזקה בעלמותו קאי דאינו עשוי לפורעו ת"ז [וכמ"ש בחידושים בסוגי' דת"ז]:

על דברי הש"ך [סי' ק"ח סק"ז] הנזכר שמיישב דעת הש"ע שם בשטר עיסקא והוא תוך זמנו מוציאין מיתמי, אע"ג דאבוהון היה נאמן במיגו, משום דזהו גופא לא שביק שיפרע תוך זמנו, וקשה ע"ד כלא מדברי תוס' ריש גיטין הנ"ל מוכח להיפוך, דא"כ אכתי לא שבקת חיי שיכול לזייף באופן שיהא ת"ז בשמת אביהם ותו לא טענינן להו, ונראה דלפי מ"ש לעיל בדברי מהרי"ט ניחא דנהי דגבי ת"ז מוציאין מיתומים ואפי' היה מיגו לאביהם, זהו היכא דידעינן בבירור שהוא ת"ז כגון בשטר מקוים, וכיון דמספ"ל להש"ס ריש ב"ב אם מהני מיגו במקום חזקה מהו"ה דנין הדבר למילתא דלא שכיח ולא טענינן ליתמי, אבל בשטר דאינו מקוים רק דמ"מ מוציאין מיתמי משום חזקה דלא נחשדו לזייף מ"מ כבר הורע כחו דחזקה דתוך זמנו, ובזה לא מיבעי' לן דפשיטא לן דמהני מיגו וטענינן ליתמי:

ובזה אפ"ל מה דקשיא לי כד הוינא עליא על תוס' הנ"ל דאכתי לא שבקת חיי שיכול לזייף על היום האחרון מימי חייו דא"א בפרעון אלא ביום שנכתב השטר דלפרעון ביומו לא חיישינן אפי' בכפל דאיתרע, ומשמע דאפי' במיגו לא מהימן, דחזינן דבריעותא בכפילה אפי' ת"ז אינו נאמן השובע, כמ"ש בש"ע [סי' ס"ה סעיף ו'], ובלא כפל מיבעי' לן בש"ס ב"ב [דף ה'] אי מהני מיגו נגד חזקה דת"ז, וגם לדידא מספ"ל כמבואר ברי"ף שם, ובפרעון בת יומא דגם בכפל לא חיישינן [ב"מ י"ז], מכ"ש דבלא כפל לא מהני מיגו נגד פרעון בת יומא. ולהנ"ל ניחא כיון דכל עיקר לא נודע לן אלא ע"י חזקה רפוי' כבר ילא הדבר מעיקר תקפו וחילו. איברא לדעת הש"ך דס"ל דגם בת"ז ל"ש ולא טענינן להו ליתמי קשה קלא דהרי יכול לזייף באופן דאי אפשר בפרעון אלא ביומו, והי דכפל מחילו ותוקפי' דפרעון ביומו מכל מקום עודנו נשאר כחילו דתוך זמנו וכמ"ש לעיל בקושי' מהרי"ט על ר"מ הלוי:

ד **בדברי** תוס' ריש גיטין הנ"ל כתב מוהר"מ לובלין דנ"מ אם טענינן מזויף כשהיה ת"ז, ואמרתי זה שנים כבירים דמ"מ ל"ש לומר דא"כ לא שבקת חיי, שהרי לקושטא מהני מיגו במקום חזקה רק דנפקותא בתפס אידך, ונגד תפיסה לא שייך לא שבקת חיי, [ומיושב בזה קושיית הפ"י שם], ומ"מ קשה הדבר לומר כן בדעת תוס' דס"ל דתקפי כהן מוציאין מידו ול"מ תפיסה באיבעי' דלא איפשטא, גם למ"ש לעיל בדעת הש"ך דהיכא דשטר אינו מקוים דהשתא לא ידעינן בהוא ת"ז רק ע"י חזקה דלא אבידי, אזי בוודאי מהני מיגו ותו לא מהני תפיסה. איברא איכא נפקותא טובא דאיכא עדים פסולים דמקיימי ליה לשטרא, וכדעת תשוב' הרא"ש דמיגו להכחיש עדים פסולים לא אמרינן, או בעד אחד על הקיום ומחל השיעבוד דהו"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמ"ש הפ"י שם גם בגט שאינו מקוים וכתובה מקוימת יעו"ש:

הנה בעיקר קושיית מהרי"ט דאכתי לא שבקת חיי שהרי יכול לזייף ולכתוב בו נאמנות כב"ת דהשתא לא מלינן למטען פרוע במיגו דמזוייף שגם אביהם לא היה נאמן במיגו, לשיטתם דלא דמי להפה שאסר וכמ"ש לעיל, והוא תמוה לכאורה לדידן דפסקינן בזה כמהר"ם הלוי והמ"ע בתירוץ הראשון וש"ך, ונראה ליישב [קושיית מהרי"ט וקושיא הנ"ל דיזייף על יום אחרון מימי חייו, וגם מ"ש על הש"ך] דאכתי טענינן להו דאבוהון היה נאמן לומר יש לי בידך כסות וכלים בתורת פקדון או בגזילה והיה נאמן במיגו דמזוייף, [ועי' סי' פ"ה ובש"ך שם סק"א], ונגד זה לא שייך נאמנות כיון שאינו על גוף החוב רק מלד אחר הוא דאתא עליה, וא"ל דלא טענינן ליתמי רק טענה שעומד לכך מתחילה כגון פרעון בחוב או לקיח בשדה או במטלטלין משא"כ טענה שאינו עומד לכך, שהרי מבואר גבי עשאו סימן לאחר דטענינן ליתמי הזרתי ולקחתי ממך במיגו דמזוייף עי' בתוס' כתובות [דף ק"כ:] סוף ד"ה אם. הרי דאע"ג דקיימא בחזקה דאידך ואינו עומד לכך לחזור ולקנותו כן ולהניחו ברשותו כמקדם. איברא המהרי"ט שהקשה כן אזיל לשיטת הרז"ה והגהות מרדכי ריש ב"מ דמיגו ממזון לממון לא אמרינן, ובעיזי דאכלי הובלא שאני דנתפשו ונשבחו מהושלי והוי כאותו ממון, כמ"ש בהגמ"ר שם בשם ראב"י, ומש"כ לדידא דפסקינן דלעולם נאמן עד כדי דמיהם, כמ"ש הש"ך [בדיני מיגו אות י"ג], תו לא קשה קושיית מהרי"ט:

ומ"ש תוס' שם אח"ז דאכתי לא שבקת חיי דיזייף שטר מכר דל"ש בהו פרעון, דאכתי נטעון ליתומים חזרתי ולקחתי, ל"ל דיזייף על יום אחרון במת ובזה א"ל דנטעון יש לי בידך כנגדן דבקרקע דלא קני משכון הוי מיגו להוליא כדאיתא בש"ע [סי' ק"נ] ובסמ"ע שם [ס"ק פ'] ובמהרי"ט [סי' קי"ב]:

ועיין ש"ך [סי' פ"ב ס"ק קמ"ח] דכתב דהיכא דאין היורשין יודעין בכמה הוא ממושכן דלא טענינן להו מספק עד כדי דמיהן דכיון דיודעין שהוא ממושכן אין נאמנים אלא בטענת ברי, ולכאורה הוא היפך מ"ש דטענינן להו דהיה לאביהן בידך כנגדן. איברא ל"ק מידי דשאני התם גבי משכון דהוי להוליא דאפי' גבי משכון מטלטלין חשיב להוליא, וכיון דאין נאמנים רק במיגו מש"ה לא טענינן להו, משא"כ הכא דהוי להחזיק שפיר טענינן להו במיגו:

סימן נז

בדיני מלוה על המשכון

א **בתוס'** שבועות [דף מ"ג:] ד"ה מתני' בדפרים ר"ח גרס איפכא וכן ר"ת מתני בדלא פרים ובמוזאל בדפרים, וא"ת וכו' הי בדפרים מ"ע דר' אליעזר אמאי לא יפסיד כל החוב, וי"ל דפליגי ר"א ור"ע אי הוי אסמכתא או לא. ועוד תירלו דבלאו אסמכתא פליגי ופרים להו הייינו שיפסיד כל החוב, אלא דפרים ואמר אע"ג דלא שוה אלפא זוזי קבילתיה, דר"א סבר דלענין זה קבלה שיעכבנו בידו עד שיפרע כל חובו, ור"ע סבר דלהכי קבלה דאם אבד המשכון אבדו מעותיו, והיכא דפרים דיפסיד כל החוב כ"ע מודו דלא הוי אסמכתא ואבדו מעותיו. והקשו ע"ז אמאי לא מוקי מתניתין דמלוה על המשכון שומר שכר אפי' כר' אליעזר, ולימא בדפרים מודה ר"א כדשמואל, ותירלו דהי בדפרים מפסיד כל החוב כדשמואל, א"כ בדלא פרים יפסיד מיהא כנגד המשכון דכנגד המשכון חשיב כאילו פרים וליסבא דר"א דישבע ויטול מעותיו משמע אפי' כנגד המשכון עכ"ד התוס'. ויש להבין דמאיזה טעם וסברא יהא החוב כנגד המשכון כאילו פרים. ועוד קשה דהא לתירוץ השני של התוס' אם פרים אע"ג דלא שוה שיפסיד כל החוב, אבדו מעותיו גם לר"א ולא הוי אסמכתא, א"כ נהי דר"א סבר היכא דפרים הע"ג דלא שוה קבילתיה, דכוונתו שיעכב עד כדי שיפרע כל החוב, מ"מ בדלא פרים יהא החוב כנגד המשכון כאלו פרים שיפסיד כל החוב דמפסיד, וגם לתירוצם הראשון דפליגי ר"א ור"ע אי הוי אסמכתא, ג"כ קשה כיון דכנגד המשכון חשוב כאלו פרים, א"כ בלא פרים יפסיד כנגד שיווי המשכון דחשיב כאלו פרים שיפסיד כנגד דמי המשכון [וזה לא הוי אסמכתא דלא גזים]. והנראה לפרש דברי תוס' דלא מלד הסברא כתבו כן דכנגד המשכון חשיב כאלו פרים, רק מהכרח, כיון דאם פרים מפסיד כל החוב דהיינו בפרים אע"ג דלא שוה קבילתיה לתירוץ השני, או לתירוץ הראשון בדפרים שיאבד כל החוב, ע"כ בדלא פרים מפסיד כנגד המשכון דהיינו דהמלוה על המשכון הוי ש"ש, [דמכתמא כל מלוה בדעתו להיות ש"ש ולהפסיד כנגד שיווי המשכון, או יהיה מאיזה טעם שיהיה] דהא בודאי אם התנה ש"ח שיהיה חייב להחזיר לו בעד החפץ המופקד אלו עברת מונים מאשר הוא שוה, ונגנב או נאבד אח"כ אינו חייב לו כלום לשלם משום דבודאי לא התנה רק על חיובו [דהיינו פשיעה] אבל לא על גניבה ואבידה, וא"כ דברי התוס' נכוחים דאם ר"א סובר לדשמואל בפרים שמפסיד כל החוב, ומתניתין דהמלוה על המשכון ש"ש אתיא כר"א ובדפרים, ע"כ גם בדלא פרים ונגנב או נאבד מפסיד מיהא כנגד המשכון משום דהוי ש"ש, ולמה אמר ר"א ישבע שלא פשע ויטול כל מעותיו, דאי לא, גם אם התנה שיאבד כל החוב אע"ג דלא שוה, או קבילתיה לתירוץ השני, זה לבד ל"מ על גניבה ואבידה, דמסתמא לא התנה רק על חיובו, והא דכתבו התוס'

התוס' בתירוץ השני דר"א ור"ע פליגי רק בפירש אע"ג דלא שוה קבילתיה, אבל בדפרים שיפסיד כל החוב גם ר"א מודה, כוונתם הוא דר"א מודה דלא הוי הסמכתא בדפרים וכמו שכתבו בהדיא, וכ"מ דאם פשע מפסיד כל החוב, אבל שומר שכר לא הוי רק בפירש שאם יאבד המשכון בגניבה ואבידה שיפסיד כל החוב, אבל בפירש שיפסיד כל החוב בעבור המשכון אין דעתו רק על חיובו דהיינו פשיעה [וא"ל דנוקי מתניתין דהלוהו על המשכון ש"ש כר"א ובדפרים שיפסיד כל החוב גם אי יגנב או יאבד, דא"כ מאי טעמא דר' יהודה דמתני' דהלוהו מעות שומר חנם הוא בדבר שבממון תנאו קיים] :

ב **לוישב** דעת הרי"ף פרק אלו מציאות [דף כ"ט] והגאונים דפסקו בדמי אבידה דע"י היתר תשמיש מחוייב באונסין, ובמעות מותרין פסקו כרב נחמן [ב"מ מ"ג] דנאנסו לא. וכבר הקשו בזה בתוס' [דף כ"ט] ד"ה והוי, והרא"ש פרק המפקיד [סי' כ"ו]. ולנלענ"ד דהנה בתוס' הנ"ל הקשו בתחלת דבריהם וז"ל תימא דהול"ל והוי לוה עלייהו ואם נאמר דאם באו בעלים קודם שהוציאם חייב להחזיר אותם מעות עצמם ולא אחרים הוי אתי שפיר דקרי ליה שואל, אך אי איפשר לפרש כן דבפרק המפקיד פריך אי נאנסו חייב מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי, והשתא אי חייב להחזיר הן עצמם כשיתבע הנזבר, א"כ לא קנאם השולחני בשלא הוציאם ולא מעל כדאמר בפ' השואל בקע בו לא מעל כיון שהמשאיל יכול לחזור וכו', אלא ודאי אפי' אם אותן המעות עדיין בעין אין צריך להחזיר הן עצמן עכ"ל. ולפע"ד דהתוס' הקשו כן משום דאזלי לשיטתם דפסקו כרבה, אבל לדעת הרי"ף והגאונים דפסקי כר"י יש ליישב קושיא זו :

דבל"ז צריכין להבין מנ"ל לש"ס בפרק המפקיד להקשות על רב הונא אפי' לא הוציא נמי דילמא באמת טעמיה משום שואל הוא, והגם דר"ה סבר לא בקע בו לא קנאו, זהו לענין שהמשאיל יכול לחזור אבל לענין חיוב אונסין כ"ע מודים דמחוייב משעת משיכה או משעה שסלקו בעלים כמבואר לקמן ב"מ [דף נ"ט] ובקידושין [דף מ"ו] וכן תמה בתומים [סוף סי' ע"ב]. אמנם לדעת הרי"ף והגאונים מתורץ על נכון דאי' בתשו' הר"ן סי' כ' [מובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק כ"ט ועי"ש שכתב דהר"ן לטעמיה אזיל דפוסק דשומר אבידה כש"ש משום פרוטה דר"י] דאם שאל ספר מחבירו שאינו מחוייב באונסין דאין כל הנאה שלו לפי שגם המשאיל פטור מלמיתב ריפתא לעניא ע"י מלוה זו, ומפשטות הש"ס יראה כמו דנקטינן כשנותן מעות לשולחני דבוודאי דעתו להקנות לו מיד, ולדעת התוס' הוה לוה עלייהו מיד, הגם שלא הוציאן ול"א דילמא לא צריך להו, ה"נ איכא למימר דתיכף בשעה שמסר מעות מותרין לשולחני הצריך תמיד לעסקים שונים שתיכף עושה מלוה בנתינה לידו ונתן לו רשות בנתינה זו להוציאם, ועיין ברש"י [מ"ג] ד"ה מותרים דהוה ליה כנותן רשות וה"ל שלוחו עכ"ל. היעלה על הדעת להתעקש דדוקא כשזה שאל ממנו שילוה לו הוא דעושה מלוה בהלואתו וע"ז דוקא אמרה תורה אם כסף תלוה, ולכשיתחכם אחד בעשיית מלוה זו וימציא לו מעות אשר יודע שצריכין לו בכל עת, וערום יעשה בדעת ויתן לשולחני מעות מותרין דרך פקדון אזי לא יעשה מלוה, זהו דברים שאין הדעת סובלתן. ועפי"ז הוכיחו בש"ס דע"כ טעמיה דר"ה דמחייבו באונסין מטעם לוה, דאי מחמת דהוה ליה שואל אזי ה"ל לפוטרו מאונסין דאין כל הנאה שלו דהא גם המשאיל פטור [מלמיתב ריפתא לעניא] כשהשאיל מעות לשולחני והמציא לו לעסקיו שיהיה אתו מעות מרווחים, אלא ודאי מטעם לוה הוא דמחייב ליה, ולזה הקשה הש"ס לר"ה מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי [ורב נחמן פליג על ר"ה דלא הוי לוה משום היתר תשמיש, ומשום הכי לא הוי שואל עלייהו דאין כל הנאה שלו, וא"כ בדמי אבידה דנקט הש"ס דהוי שואל קאי אליבא דר"כ דפסקינן כוותיה, ושם גם הוא סובר דהוי שואל כמו שיתבאר בסמוך] :

וממילא מיושב ג"כ קו' התוס' כנ"ל ובדוקא נקט הש"ס גבי דמי אבידה דה"ל שואל עלייהו דמחייבינן ליה מחמת שואל, דהא כל הנאה שלו, דהא הבעלים לא עשו מאומה רק שהב"ד נותנים לו רשות למוכרו, ואידך לא עשה מאומה ולא נפטר מעולם מלמיתב ריפתא לעניא. ולהכי פסקו הרי"ף והגאונים גבי אבידה דמחוייב באונסין ומחמת דה"ל שואל דוקא. אמנם גבי מעות מותרין פסקו כר"נ דלא ה"ל כלוה עלייהו ושוב אין לחייבו מחמת שואל שאין כל הנאה שלו :

ג **לתרץ** דעת הש"ך [סי' רצ"ב ס"ק ח'] והט"ז [בסי' ע"ג] דגם לדידן דפסקינן כרב נחמן דבמעות מותרין אינו חייב באונסין, מ"מ הם ברשותו לענין זה דגם כשלא הוציאם יכול ליתן לו אחרים תחתיהם. והשיג עליהם בעל חכם צבי בהגהותיו להט"ז [בסי' ע"ג] דא"כ מאי מקשה רב נחמן ב"מ [דף מ"ג] על רב הונא מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי, הלא גם לדידיה קשה, והאריך בקושיא זאת, ולפע"ד נראה דאיתא לקמן [דף נ"ט] דרב הונא ס"ל בקע ביה קנאו דלא תקנו משיכה בשומרים, ור' אלעזר סבר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים, ור' אמי סבר דמדאורייתא קנאו במשיכה, וכן מפורש בהדיא בתוס' ב"ק [דף ע"ט] סוף ד"ה תקנו, ואנן פסקינן כר' אלעזר דתקנו משיכה בשומרים נקונה מדרבנן [רמב"ם פ"ב מהלכות שכירות הלכה ח' וש"ע סי' ש"ז], וגם בהלוואה פסקינן דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה, ומבואר בריטב"א קידושין [דף מ"ז:] דגם בהלוואה הא דאינו יכול לחזור הוא מדרבנן, אבל מדאורייתא יכול לחזור, דמשיכה גם גבי מתנה והפקר אינו קונה מדאורייתא רק היכא שקנה לחלופין, אבל גבי הלוואה אף דלא הדרא בעיניה כיון דצריך לשלם אינו קונה רק מדרבנן, ועיין בתומים [סי' ע"ב ס"ק נ"ד] שמביא ראיה לזה מדפליגי ר' מאיר ורבנן בקידושין [שם] אם מלוה ברשות בעלים לחזרה, והשתא אם נאמר דגבי מלוה קנה מדאורייתא א"כ מנ"ל לר' אלעזר דתקנו משיכה בשומרים דהא מדר' מאיר נשמע לרבנן דעד כאן לא פליגי עליה דר"מ אלא גבי מלוה דמדאורייתא קנה משום דלא הדרא בעיניה, אבל גבי שומרים לכ"ע לא קנה, אלא ודאי דגם מלוה אינו קונה רק מדרבנן, ותו לא אפליגו רבנן בתקנתייהו וקונה אף בשומרים :

נמצא מוכח ממילא לר"ה דלית ליה משיכה בשומרים כלל ואעפ"כ ס"ל מסתמא כרבנן דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה משום דלא הדרא בעיניה, א"כ קונה גבי מלוה מדאורייתא, ולהכי הקשה הש"ס דוקא לרב הונא מדס"ל דחייב באונסין והוה לוה עלייהו משעת משיכה, א"כ אפי' לא הוציא למעול כיון דקונה מדאורייתא, אבל לר"כ דס"ל דנאנסו לא מסתמא כר' אלעזר ס"ל דתקנו משיכה בשומרים כמו דפסקינן כאשר מבואר בפוסקים הנ"ל, וא"כ גם גבי מלוה לא קנה רק מדרבנן, להכי לא מעל, דליכא למימר דרבנן החמירו עליו, כיון שזהו חומרא דאתי לידי קולא דחבירו מותר לשמש בו לכתחלה כמבואר בתוס' ב"ק הנ"ל, ועיין בתומים [סי' ע"ב ס"ק נ"ד] שגם הוא הבין בדברי התוס' הנ"ל דע"י קנין מדרבנן ליכא מעילה כלל [ועמ"ש עוד בזה לקמן בסי' ע' אות ז' ח'] :

ד **ברש"י** ב"מ [דף פ"ב] ד"ה לימא דר"י תנאי וז"ל דרבה ודאי תנאי היא דהא ר' עקיבא לית ליה דרבה, והקשו בתוס' שם דלרבה נוכל לומר דפליגי בדשואל, ועוד הקשו בתוס' לעיל [דף כ"ט] דא"כ תקשה דר"ע אדר"ע דהכא ס"ל שומר אבידה כשומר שכר דמי, ובדמי אבידה ס"ל דהוי שומר חנם, ונראה לפענ"ד עפ"י דברי תוס' סנהדרין [דף כ"ה] בסוף ד"ה כל דעיקר הטעם בהא דמשחק בקוביא דלא הוי אסמכתא כיון דלאו בידו הוא כלל, אע"ג דגזים בתנאי שחוק שלו מ"מ גמיר ומקנה וכו' עיי"ש. והדבר מובן דהא דחילקו התוס' בסוגיא זו בשבועות [דף מג:] ד"ה מתניתין, בין דעתו להתחייב, זהו לדמות תנאי זה להא דמשחק בקוביא, ועוד חידשו והוסיפו בזה דהכא עדיפא ממשחק בקוביא כיון שמפסיד משכונו. אולם לא נדו מסברתם במה שחילקו בעיקר דיני אסמכתא בין בידו לגמרי כמו שחילקו לעיל [במס' סנהדרין], וא"כ כל זה דוקא לדידן דפסקינן דאף דעל בעידנא דעיילי אינשי חייב, ואף בגניבת אונס לגמרי מחייבינן ליה לדעת רוב הפוסקים, [ועיין בש"ע סי' ש"ג סעיף ב'] ולהכי מחייבינן ליה כשהתנה שיפסיד כל החוב בגניבה ואבידה כדאיתא במתניתין דהלוהו על המשכון שומר שכור דמשמע להדיא דמחוייב כאשר ש"ש אף בגניבת אונס, [וכ"כ בנתיבת סי' ע"ב סוף ס"ק י"ג דגם לשואל חייב בגניבת אונס] דכנגד המשכון השיב כמפורש, אבל לרבה דס"ל בש"ס ב"מ [דף נ"ג:] דדוקא דעל בעידנא דלא עיילי אינשי אבל בעידנא דעיילי אינשי, וכן גבי פורתא בעידנא דגני אינשי, אף ש"ש פטור, נמצא שכל שמירתו תלוי בידו, נמלא לרבה אף כשפירש הוי הסמכתא תו לא נוכל לומר דכנגד המשכון השיב כאילו פירש, דהא אפי' בדפרים לא מהני לרבה כמבואר בתוס' ד"ה לא בדשוי, ואף לדעת רש"י דשואל איירי בדלא פירש, זהו היכא דלא שייכא בדיני אסמכתא, אבל לרבה כיון דבידו הוא עודנו הוא בגדרי אסמכתא

אסמכתא, [ואף את"ל כיון דגניבה קרובה לאונס הרי זה דומה לדבר שאין בידו לגמרי, דז"א כיון דלא נוכל לומר שאין בידו לגמרי כמו משחק בקוביא וא"כ כה"ג אף דלא גזים הוי אסמכתא כמו בחמרא דזולשפש כמבואר לעיל בתוס'], ולהכי אף את"ל דפליגי בדשואל מ"מ לא אתיא דר"ע כרבה, דס"ל דעל בעידנא דעיילי איגשי וגם גבי בעידנא דגני איגשי דפטור, דא"כ לא יצא מכלל אסמכתא, ואף את"ל דר' אליעזר ור"ע פליגי באסמכתא גופיה ור"ע כר"י ס"ל דאסמכתא קניא, עדיין צ"ל דרבה לא ס"ל כר"ע דהא רבה אית ליה להדיא דאסמכתא לא קניא ב"מ [דף ס"ו:] א"ל רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא הכי אמרינן משמיה דרבה כל דאי לא קני, וכל זה דוקא לרבה דבע"כ צ"ל דלית ליה דר"ע, אבל לר"ע גופיה ליכא לאקשויי דאיכא למימר דפליגי באסמכתא גופיה, או דפליגי בהא גופיה אם על בעידנא דעיילי איגשי דלר"א פטור ולהכי הוי אסמכתא, ולר"ע חייב ולא הוי אסמכתא, אבל מ"מ הפוך בה במה דבעית בע"כ צ"ל דר"ע לית ליה דרבה:

ה **דברי** הרא"ש אשר ישתוממו עליהם כל הרואה דפוסק כרבה וכשמואל וגם ס"ל דבחיוב גניבה ואבידה לחוד מחוייב לבער, וכבר הוכיחו רבותינו בעלי התוס' בשבועות [דף מ"ד] סוף ד"ה שומר, דבע"כ צ"ל דדוקא בחיוב אונסין מחוייב לבער, דאל"כ היאך יפרנס סוגיא דפ' כל שעה, בהא דפליגי אי ישראל קונה משכון דהא איפוק ליה דמחוייב לבער מטעמא דשמואל. ונראה לפענ"ד דבל"ז קשיא מנ"ל לתוס' דאף בנכרי מחוייב כנגדו אף בגניבה ואבידה דאדרבה איפכא מסתברא, דהא חזינן לגבי הקדש בפרק הזהב דאף דמתנה שיתחייב בדיני שומרים צריך דוקא קנין כיון דלא שייך כלל בדיני שומרים, א"כ אף דכנגד המשכון חשיב כאילו פירש מ"מ בלא קנין לא מהני, וצ"ל שהתוס' הוכיחו זאת לתירוצם השני בפרק הזהב [דף נ"ח] בד"ה אמר ר"י, דדוקא במתנה להיות כשואל מהני בלא קנין, וא"כ אף לגבי ישראל קשיא דמפני מה יתחייב כנגד המשכון מטעם דחשיב כאלו פירש כיון שכל חיובו הוא רק בגניבה ואבידה, אלא ודאי דהאי במלוה על המשכון דאמרינן דאדעתא דהכי נתן לו את המעות והוה כאלו הקנה לו את המעות על תנאי זה ואין לך קנין גדול מזה, דלא ניחא ליה למימר כפשטא דהלוואה הוא ענין בפני עצמו, והתנאי מן המשכון הוא ג"כ ענין בפני עצמו, דא"כ אף בישראל לא יתחייב בגניבה ואבידה לפום תירוצם השני הנ"ל, אבל הרא"ש דס"ל לעיקר כתירוצם הראשון, וממילא נוכל לומר כפשטא דתנאי דמשכון לחודא, והלוואה מילתא אחריתא הוא, ואפ"ה לגבי ישראל דוקא מהני להתחייב בגניבה ואבידה מטעם דחשיב כאלו פירש כיון דשייך ביה דינא דשומרים מהני התנאי להעלות דינו, אבל לגבי עובד כוכבים לא מהני בלא קנין:

עוד באופן אחר נראה ליישב שבעלי התוס' הוכיחו דבע"כ גם לגבי נכרי חייב מטעמא דשמואל דאם לא כן קשיא הא דמקשה בפ' האומנין [דף פ':] לימא מתניתין דלא כר' מאיר, דהא בל"ז מתניתין דלא כר"מ, דהא ר"מ סבירא ליה בקידושין [דף מ"ז:] דמלוה ברשות בעלים לחזרה א"כ כל זמן שלא הוציאן עודנו לא נעשה לוה על המעות ולא נעשה רק כשומר על המעות כמבואר שם בקידושין, לענין אונסים כ"ע לא פליגי, וא"כ לר"מ לא משכחת דמלוה על המשכון יהיה ש"ש, כיון שלוה ג"כ נעשה שומר על המעות והוה שמירה בבעלים, ואף את"ל דטעמא דמלוה על המשכון שומר שכר הוא מטעמא דשמואל, ג"כ קשה דהא כיון דלא שייך ביה דינא דשומרים כלל אף תנאי בפירוש לא מהני לתירוצם הראשון הנ"ל, וא"כ מסיפא דמתניתין מוכח בע"כ דאתיא דלא כר"מ, אלא ודאי בע"כ צ"ל דהתנאי הוא על ההלואה בעצמו והוה כאלו הקנה לו את המעות על אופן זה כנ"ל ואין לך קנין גדול מזה, ולהכי הוכיחו שפיר דגם בנכרי מחוייב מטעמא דשמואל, א"כ ממילא מוכח דדוקא בחיוב אונסים מחוייב לבער:

אמנם כן הוא לשיטת רמ"ה דאף בשמור לי ואשמור לך הוה ג"כ שמירה בבעלים, אבל לדעת רש"י שם דבכה"ג לא הוה שמירה בבעלים לגבי השומר כיון שאין השואל עמו במלאכתו דהא לא בא דבר השאול תחת ידו בשביל הבעלים רק לטובת עצמו ולהנאת עצמו, דדוקא בשמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים דהרי הוא עמו במלאכתו, אבל בשואל אינו מהנה לבעלים כלום רק בעל החפץ מהנה לשואל, וא"כ הדרינן למילתא דדוקא היכא דאיתא בתורת שומרים אמרינן גביה דהוי כאלו פירש דאז אינו צריך קנין כסברת תוס' הנ"ל, והא דהקשה הש"ס לימא מתניתין דלא כר"מ דהא למסקנא בסוגיא

דקידושין דלענין אונסין כ"ע לא פליגי מידי דהוי אשואל, ותו לק"מ מסיפא כיון דבכל תורת שאלה לא שייך בו שמירה בבעלים כמש"ל לדעת רש"י ז"ל. [ועיקר דבר זה דלמ"ד דמלוה ב"ב לחזרה, הוה שמירה בבעלים על המשכון, נזכרתי אחר כתבי שזה שנים כבירים שמעתי כזאת מהרב המנוח מו"ה יצחק ז"ל על דבר אחר דכיון דלא נעשה לוה עדיין ממילא שייך בזה דין שמירה בבעלים לפטור את המלוה אם קיבל ממנו הפקדון, וכיוצא בו ראיתי כעת במקנה בקידושין גבי מלוה ברשות בעלים, שם (דף מ"ז:) סד"ה לימא כתנאי התקדשי לי בשטר חוב, ועי"ש במקנה מ"ש ע"ד תשו' הר"ן הנ"ל באות ב']:

ו **בתוס'** שבועות [דף מ"ד:] תוס' ד"ה ורב יוסף וכו', וא"ת דאמרינן בר"ה [דף כ"ח] המודר הנאה מחבירו מותר לתקוע לו תקיעת מצוה וכו' ואמאי הא מתהני לר"י דחשיב ליה שומר שכר בהכי עכ"ל. ולנלע"ד דיש להקשות אמאי אמרינן בנדרים [דף ל"ג] דמודר למדיר לא יחזיר לו אבידתו, ליתי עשה דהשבה וידחה ל"ת דקונם, ואף דקונם הוא עשה ול"ת, הא איתא בשאלה כמו בנזיר ומצורע [יבמות ה'], וצ"ל דכמו דאמרינן בכתובות [דף מ'] אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, ועי' תוס' ישנים שהקשו מכיבוד אב ואם וע"ש מה שתירצו, א"כ הכא דאמרינן דגם הנאה זו של פרוטה דרב יוסף הוה בכלל הנדר, הרי כבר אמר לא בעינא שיחזיר לי המודר, גם לליש[נ]א דאמרינן בב"מ [דף ל'] דלא דהיתר איסורא מקמי ממונא עיי"ש, לק"מ, וא"כ במודר הנאה משופר להכי מותר אף לרב יוסף, דהדרא קו' הנ"ל לדוכתי' משום דעשה דוחה ל"ת, והתירוצים לא שייך בזה כמובן [ועיין בהשמטות]:

ז **בסמ"ע** [סי' ע"ב ס"ק י"ג] כתב דמלוה שטוען על המשכון נאנסה והלוה מכחישו בברי הגם דאין לו מיגו פטור הלוה, והש"ך [בס"ק י"ד] חולק עליו, וסובר דכיון דאין ללוה מיגו נשבע המלוה שנאנסה ונוטל חובו, ועיין בט"ז [סעיף כ"ט] ונראה בפשיטות שמסכים לשיטת הסמ"ע, ועל קושייתם מהא דנקט הר"י אברלוני [מובא בטור סעיף כ"ג] דהא דפטור הלוה היכא שמכחישו בברי, הוא משום מיגו, דמשמע הא אין לו מיגו חייב, מתרץ הט"ז על נכון עיי"ש, ולקושטא לא הבנתי דעת הש"ך בזה, שלכאורה נראה להדיא מדברי הר"ן שבועות בסוגיין כדעת הסמ"ע שכתב שם בד"ה ואינם ברורין אלי וכו', דדוקא בשלשה דינרים היה שוה נידון כמודה במקצת, מפני שגם לפי דבריו חייב לשלם מדינא הדינר שמודה לו אפי' שעודנו תחת ידו ולא מחזירו לידו שאינו עובר אלא בלאו דלא תחמוד, ומשמע להדיא כשטוען טענה הפוטרת לגמרי נאמן אפי' בלא מיגו [וכן כתבו בתומים ונתיבות דהמשנה איירי דלית ליה מיגו]:

ולפמ"ש הנתיבות המשפט [בס"ק י'] יש ליישב קצת דברי הש"ך. איברא דדבריו דחוקים שם למעיין בצדק, זולת מ"ש בתחילת דבריו דיש לי בידך כנגדן הוא טענה גרוע, כן הוא. אבל נראה שהוא מטעם אחר שהוא כעין דאמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי, וכיון שהוא חייב לו בוודאי אינו יכול לפטור את עצמו במילתא דלא נודע ואינו עומד לכך. אבל כשמלוה מודה לו שהיה לו בידו פקדון ונאנס והלוה טוען בברי שפשע או שעודנו תחת ידו נראה דהלוה נאמן אפי' בלא מיגו, ומה שכתב שם שזה טענה גרוע לומר שפשע או שרוצה לגזול לא מלינו כזאת בכל טענות ותביעות, הגע בעצמך אם יתבע את חבירו הלויתי לך חמשים וחמשים גזלת ממני והלה מודה לו בהלואה וכפר בגזילה, הכי נימא דבכהאי גוונא לא חייבו רחמנא לישבע כיון דטענה גרוע היא ולא מלינו טענה גרוע בכה"ג אלא להוציא בטוען כלי גנבת אפי' כשיש לו מיגו דהאולים [תוס' שבועות מ"ו: ד"ה וספרא] משא"כ להחזיק או בענין שבועה לא מלינו הפרש בין טענה גרוע לשאר טענה כשטוען טענת ברי כנלפענ"ד ברור:

ח **איברא** גם בדעת המחבר [בש"ע סי' ע"ב סעיף ב' וסעיף י"ד] יש להתבונן בטוען נאנס' דמחויב הלוה לשלם משום דהוי כאינו יודע אם פרעתיך, ומדברי הר"ן נראה להיפוך דכל שיש לספק שעודנו הללו הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, דתירוצו של הר"ן לא שייך בזה כמובן, ונראה בזה דדוקא היכא שהמלוה משלם לו בעד שוויו, אזי הספק עלוס לנו דילמא עודנו בידו כאשר היה בתחילה ברשותו ועודנו לא יצא מרשותו וכאן נמלא וכאן היה, ואין לומר דנוקמיה ליה בחזקת כברות כדמעיקרא, דמשום זה לא הורע חזקתו, דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ולהכי פשיטא ליה דכיון דכל זמן שעודנו הח"י לא נתחייב כלל. בשתא נמי דלא ידע כיון

דספיקא

דספיקא הסוה מוכלר ומוסגב לפינו ע"י חזקה דמעיקרא וכאן נמלא וכאן היה, ולמלוה ליכא הזקה כנגדו אזי דינו כא"י א"כ, ולהכי הוכרח הר"ן לחדש שם דמשום זה לא נפטר הוא במה שמגיע לו יותר משיווי המשכון. אבל כשטוען נאנסה ותובע כל חובו תו לא נוכל לפטור את הלוה משום דילמא עודנו תח"י ע"י חזקה דמעיקרא ולא נתחייב לו בתחילה רק כשיחזיר לו משכונו. דהשתא הורע כחו של ספק זה לגמרי שהרי אית ליה חזקת כשרות דעדיף מכאן נמלא, דא"כ הרי הוא כופר בפקדון ונעשה גזלן על ידו, וחזקת כשרות דמסתבר עדיף מחזקה דלא מסתבר [ואין להסתפק בזה דא"כ כשתובע לחבירו חפץ זה שתח"י שלי הוא והלה אומר א"י נאמין לו משום חזקת כשרות דידי', דהתם יש לנתבע ג"כ חזקה דכל מה שתח"י אדם שלו הוא], ולהכי אין לספק עוד בזה, רק לדילמא פשע [ויש מקום לספק בזה דאונסא לא שכיח, וחזקת כשרות אינו מנגדו, כיון דהמשכון איננו בידו הוי על המעות רק ככופר במלוה ושייך ביה ספק מלוה ישנה] ותייב לשלם לו, או שילא בניכוי חובו, להכי דנין את הלוה כא"י אם פרעתיך. אבל כשטוען ברי שעודנו ת"י פשיטא דפטור משום דמעולם לא נתחייב לו רק בהזרת המשכון, [ולא חשבינן ליה כטוען יש לי בידך כנגדן דא"כ אלא במיגו], כדעת הסמ"ע וט"ז ותומים, וה"ה כשטוען פשעת במשכוני, הרי זה כטוען פרעתי, ואפי' היכא דלית ליה מיגו נאמן, כיון דידעינן ע"י הודאתו שהיה משכונו תחת ידו, ומספקא ליה באיזה אופן נאבדה תו לא שייך לדמותו לטוען יש לי בידך כנגדן, דהתם שאני שאין ספק מוליא מידי ודאי וכמ"ש:

[ועיין בש"ך (סי' ע"ה ס"ק כ"ו) דספק פרעון קודם הלואה הוי כאיני יודע אם פרעתיך, וכן הסכים התומים שם (ועמ"ש בסי' שאחר זה אות ו'), ודע דבלמיון של הש"ך וכן לפי מ"ש בתומים, אינו אלא בפקדון שהפקיד אצלו מעיקרא כיון דמודה לו שהפקיד אצלו רק שנסתפק למפקיד בשיווי החפץ. אבל היכא שהלוה לו מעיקרא והלוה אמר כ' והמלוה מסופק אולי היו מאה, דאזי אין אנו מוכרחים לירד ולחייבו מפני ספק פרעון ק"ה (דהוי כא"י א"פ) דבלא זה חייב בהרי אפי' כשטוען ברי אינו נאמן אלא במיגו כטוען יש לב"י כנגדן וכטוען ספק דאין לו מיגו פשיטא דחייב, וגם בפקדון [דוקא היכא] שהיה לו אצלו מעיקרא והלה מודה ליה בעיקר החפץ רק דמחולקים בשיווי חפץ כזה, שהמלוה טוען ברי שלא היה שוה אלא חמשים והלוה מספקא ליה עד מאה, בזה הוא דצריכין לירד מפני כפק פרעון קודם הלואה דאילו טען ברי היה נאמן בלא מיגו כיון שמודה לו בעיקר הפקדון, והלוה עשאהו לפרעון (עי' בנתיבות המשפט סי' ע"ב סוף סעיף קטן י' מ"ש שם נגד הקצוה"ח). אבל אם מחולקים בכמות הפקדון שהמלוה אומר כלי אחד היתה, והלוה מספ"ל בשנים וכן כל כי"ב, דאז אפי' כשטוען ברי דשנים היו אינו נאמן אלא במיגו כמו בכל טוען יש לי בידך כנגדן, וכשאין לו מיגו אפי' כשטוען ברי אינו נאמן]:

ולפי דברינו גם בלוה מחבירו והיה לו פקדון ביד המלוה וטוען בברי שפשע בפקדונו והלה טוען שנאנס גם כן נאמן אפי' בתוך זמנו [דל"ל מיגו דפרעתי] דבזה לא שייך הטעם דאין ספק מוליא מידי וודאי:

ט איברא נראה בעיקר המחלוקת שבין הסמ"ע והש"ך כשטוען פשעת במשכוני והלה טוען נאנסה ובגוונא דלית ליה מיגו כגון בשטר או שהוא ת"ז, דאם נזכר המשכון בשטר או שעדי הלואה יודעים שנתן לו משכון כנגד החוב א"כ נאמין ללוה במיגו דפרעתי לך והחזרת לי משכוני דכשטוען כן נאמן כמו בשטר שנפל דנאמן אפי' כשהוא תוך זמנו, ואפי' בכתובה כשיושבת תחת בעלה, דתלינן בכל דבר, כי היכי דלא להחזיק בנפילת אונס דל"ש כלל, [כמבואר בש"ע סי' ס"ה סעיף ו' וס"ס מ"א ובש"ך שם], לכן תלינן בכל חששי, א"כ גם במשכון נמי נאמין ללוה שפרע לו והחזיר לו משכונו כי היכי דלא נימא שנאבד ממנו ע"י אונס והשתא נמי כשטוען פשעת במשכוני הרי יש לו מיגו אפי' במקום שטר ותוך זמנו, ובע"כ צ"ל דאיירי דלא נזכר המשכון בשטר, וא"כ יש לו למלוה מיגו דלהד"מ [דמיגו דהעזה לענין ממון אמרינן], ואי משום מיגו להוליא כיון שהשטר או חזקת ת"ז מסייע לו הוי מיגו, ואז אם יטעון הלוה שהיה משכונו תח"י הרי הוא להדיא כטוען יש לי בידך כנגדן ועיין:

ולפ"ז איפשר לומר דלא פליגי לדינא, דהש"ך מיירי בגוונא דלעיל דלא נזכר המשכון בשטר דאית ליה מיגו למלוה ולא ללוה, וא"כ תו לא נשאר ללוה בסופו, רק טענת יש לי בידך כנגדן וכמש"ל, והסמ"ע מיירי כשנזכר המשכון בסוף השטר, ואפ"ה נוכל לאשכוחי בגוונא דלית ליה ללוה מיגו לומר שפרע לו והחזיר לו משכונו, כגון במשכון ששוה יותר מהלוואתו [והשגת הש"ך על הסמ"ע, הוא באופן שלא נזכר המשכון בשטר, ובאמת יש לומר דהסמ"ע מיירי רק היכא שנזכר המשכון בתוך השטר וכהנ"ל]:

י בש"ך [סי' ע"ב ס"ק קס"ו] חידש דהיכא שהמפקיד מכחיש את הנפקד בברי דתו ליתא לשבועת שומרים כיון דאיכא חזקה דאינו מעיז ודמי לכופר הכל, והקשה התומים שם [ס"ק מ"ב] דא"כ הדרא קושי' הש"ס שבועות [דף מ"ה:] לדוכתה דשבועת שומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, שגם שהפקיד לו בשטר עדיין יש לו מיגו דנאנסה בפניך ע"ש, ונראה דלק"מ דמידי הוא טעמא אלא משום דמעיז בפניו לכפור לו ממונו בדבר שהלה מכיר בשקרו, וזהו כשהמפקיד תובע בברי שפשעת או שהוא ברשותו, דאז אין לנפקד דרך אחר להציל את עצמו מן הממון רק שיכחישו בברי שהרי בברי זו שע"י פוטר א"ע מממון שתבעו איכא העזה גמורה, משא"כ היכא שהמפקיד לא ידע מאומה מה עלתה בפקדונו והנפקד משיבו נאנסה בפניך, תו ליתא לחזקה דאין אדם מעיז שהרי אין בהעזה זו כפירת ממון כלל, שהרי יכול לפטור את עצמו בטענה זו עלמה ולא יעיז לומר שבפניו היה הדבר, וכיון שע"י העזה זו לא נפטר מממון לית ביה משום העזה כלל, ולא נפטר על ידי העזה גרועה כזאת מן השבועה שחייבו רחמנא גם לדעת הש"ך וזה ברור ונכון, [ועמ"ש עוד בזה לקמן סימן פ"א אות א']:

ולהלן [בסי' ס'] יתבאר עוד בדיני אומן קונה בשבח כלי, הנוגע לסוגיא זו, ומשם ידרשנו המעיין לכאן:

סימן נח

ליקוטי חידושים מאאמו"ר זצללה"ה

בש"ע סימן ע"ה.

א בתוס' ב"מ [דף ג'] בד"ה מפני וכו' וא"ת כופר הכל מנלן דפטור, וא"ל מטעם חזקה אין אדם מעיז דהא אפי' במקום שיכול להעיז פטור כגון בבנו וכו', וא"ל דילפינן מדאילטריך למכתב שעד אחד מחייבו שבועה ואי כ"ה חייב מאי נפקא מיני' מע"א הא בלא"ה חייב וכו' עכ"ל, ולכאורה אין הבנה לדבריהם דכיון שמחזיקים עתה שגם דכופר הכל חייב. אבל במקום שחבירו מכיר בשקרו פשיטא דפטור משום חזקה דאין אדם מעיז, א"כ אין התחלת ראי' משבועת עד אחד דאילטריך היכא דחבירו מכיר בשקרו, וכן הקשו השיטה מקובלת ומהר"מ שי"ף, גם הקשו כיון דטעמו חטים והודה לו בשעורים ממעטינן מקרא ממילא נשמע דכופר הכל פטור:

ונראה דע"כ צ"ל בעיקר היסוד שהעמידו דבריהם דמנ"ל דפטור, הכי מן הסברה הוא זה לכתוב הפטורין, דכיון דלא נתרבו לחיובא פטורין ממילא, אלא שיעור דבריהם כיון דחזינן דאיכא חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו כדאמר רב נחמן בשבועות [דף מ':] ומנ"ל דחזקה זו קליפתא רק לחייבו היסת דילמא הזקה גמורה היא לחייבו בשבועה מן התורה, ובמודה במקלת דליתא לחזקה זו [וכמ"ש הלחם משנה פרק א' מהלכות טוען ונטען סוף הלכה א'] מה"ט חייבו רחמנא משום רגלים לדבר כמ"ש תוס' ב"מ [דף ד'] ד"ה הלד, ובכתובות. וע"ז הסבו בדבריהם דהיכא דאיכא חזקה דאין אדם מעיז פשיטא דפטור דכשם דאיכא כח המחייבו שבועה משום חזקה. איתא נמי לשכנגדו חזקה דאינו מעיז לסלק כח המחייב. אבל בבנו דאיתא לכח המחייב וליתא לכח הפוטר מנ"ל, וכיון דקיימי' השתא דלעולם איכא כח המחייב רק משום דאיתא לשכנגדו כח הפוטר אלמא דחזקה דאין אדם מעיז יש בו כח לפטור משבועה דאורייתא, [והגם דלקמן בריש סי' של אחר זה סוכחנו דחזקה אינה מועלת לפוטרו משבועה דאורייתא, זהו לקושטא. אבל לס"ד דתוס' בע"כ צ"ל דחזקה פוטרת משד"א], עתה קמה כחומה ראייתם מעד אחד בממנ"פ דהיכא דאיתא לחזקה דאין אדם מעיז גם משבועת ע"א ליפטרו דמה לי שבועה דכ"ה או שבועה דע"א, ואם מיירי בבנו דליתא לחזקה דאין אדם מעיז גם בלא העד יתחייב לישבע, וא"ל משום דאין בכח חזקה דאין א"מ לפוטרו נגד שני חיובים דז"א דהיכא דאיתא לעד אחד תו ליתא לחזקה דא"א תובע מפני שסמך בתביעה זו על העד, [כעין דאיתא גבי חזקה דאין אשה מעיזה, דהיכא דעד אחד מסייע

לא מעיזה, כמ"ש הרא"ש גיטין פרק האומר סי' ח', והספר אהע"ז ריש סי' י"ז], גם א"ל דשאני שבועה דע"א דכל זמן שלא נשבע להכחישו הרי הוא כשנים, כמ"ש תוס' ב"ב [דף ל"ג] ד"ה הוי בתירוצם השני, ז"א דהא בלא"ז נ"ל דאזדי הכא לתירוץ הראשון שם דליכא נפקותא בין שבועה דע"א לשאר שבועות, דאלת"ה היאך הביאו ראיה כלל מע"א, דצריך קרא דאפי' דאית ליה מיגו לשכנגדו כגון בע"א אומר לוה והוא אומר לא לויתי דאפי' דאית לי' מיגו דפרעתי ויש לו עד המסייע על הפרעון [דא"נ לישבע משום כ"ה] אפ"ה חייב ועיין:

ולפ"ז תו לא קשה על דבריהם מהודאה שאינו ממין הטענה. דהתם ליכא חזקה לתובע [כמו שכתוב בלחם משנה הנ"ל], שגם לדברי הנתבע יש לו עליו איזה תביעה [ובמקום אחר כתבתי עוד בזה]:

ב **ויש** להתעורר בהתחלת דבריהם הנ"ל וז"ל מטעם חזקה דאין אדם מעיז וכו' דהא אפי' במקום שיכול להעיז כגון בבנו וכו', ויש להבין שהרי מדברי רבה גופא מוכח כן דהם נימא דכל עיקר פטוריה דכופר הכל הוא מהאי טעמא דהם בקושטא שחייב לו לא היה ביכלתו להעיז ולכפור א"כ מה קשי' לי' תו דנאמין למודה במקצת דהם איתא דמשקר היה לו לכפור בכולו, דהא השתא נקטינן שכל שאינו מודה כלל אתו האמת והצדק, ואיך נוכל להפוך השקר לצדק, וכעין דאיתא גבי האשה שאומרת גרשתני, וכן באתה נתת לי דאין להאמינה על טענה אחרת במיגו דגרשתני או שאחר נתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בו במיגו דאתה נתת לי לפי שכל המשקר אינו יכול להוציא עתק כזאת מפיהו, ותו ל"ש מיגו כלל, [כמ"ש הבית שמואל סי' פ"ה ס"ק נ'], ול"ל דה"ה שנאמנת ע"י כך להוציא עצמה מחזקת אשת איש, או להוציא החפץ מחזקת הבעל דכל שיש לה בחזקת הבעל הוא, לכן נקטינן דחכמינו ז"ל אמדו כך דאי איפשר בשום אופן לשקר באלו בשום פנים, משא"כ בחזקה דאין אדם מעיז גם למאי דס"ל מעיקרא דכופר הכל פטור מש"ע, היינו דלא רמי עלי' שבועה מתחילה, משום דראייתו עובה כפלים משקל ראייתו של אידך שהוא משום חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו וכמ"ש לעיל, יש לו כח המסלק ראייתו ע"י חזקה דאין אדם מעיז משום דמדאורייתא ל"א אישתמוטי בכ"ה, כמבואר, וכיון שנסתלק ראייתו של זה באידך, תו אין מקום לחייבו בשבועה. אבל לא משום דנימא שאתו לבדו האמת, לכן קשי' ליה לרבה דנהי דבכ"ה מעיז ביותר מכל מקום נאמין למודה במקצת במיגו דהרי אמרינן מיגו דהעזה לענין ממון כמו בשדה זו של אביך וכו' דמודה ר' יהושע, ובעיזי דאכלי חושלי [עי' תוס' ב"ק ק"ז ד"ה עירוב], ומתרץ ליה דמיגו גרוע כזו ל"מ אלא לענין ממון משום דמיגו כהאי לכ"ע כחזקה דמי ול"מ לפטורי משבועה כיון שנוכל לברר אמיתת הדבר כמ"ש בדיני השכיר בזמנו, ודיני דאומן, [אחרי חידשתי זאת בימי חורפי מצאתי מזה בפסקי מהרא"י (סי' קי"ג) עי"ש, ובמק"א כתבתי בזה לבאר דבריו, דמאי נ"מ אם נאמר כן אם לאו]:

ג **בתוס'** ב"מ [דף ג':] בד"ה בכולי' וכו' וא"ל דהיינו מדרבנן לפי שרגא וכו' וכן בנסכא דר' אבא וכו' עכ"ל, וזה כמה אשר לא הבנתי דברי קדשם דהא למאן דאית ליה דחשיד אממונא חשיד אשבועתא א"כ גם כפירה לחוד היכא דלא שייך אישתמוטי הוא כשבועה, א"כ תו לא קשי' מידי בנסכא דלית ליה מיגו דלא תפסתי שהרי היה צריך לכפור כנגד העד שהוא בפלים משקל אחד כמו שבועה והרי שני התירוצים שתירצו שם בב"ב [אם משום דלא חציף להכחיש את העד בשבועה, או משום דכל כמה דלא נשבע כנגד העד הרי הוא כשנים] שייכים כמו כן בכפירה לחוד כיון דהניסה שוים לדידי', והייתי בעיני כמתעתע על דבר שלא יכולתי לעמוד על אמיתת ד"ק [וזה השנה סובא לכאן ירושלים עיר הקודש חיבור ממרן הרב הגאון הקדוש מו"ה ר' עקיבא איגר זצוק"ל, חידושים על איזה מסכתות וראיתי שעמד בזה, ושמחתי עיוני בזה]:

והנה למאן דאית ליה חשיד אממונא דחשיד נמי אשבועתא כל כמה דלא שייך אישתמוטי, בוודאי אין מן הסברא לומר דלא תגזול ושבועת שקר הם במשקל אחד, חדא דזה ניתן לחזרה, משא"כ שבועת שקר, ועוד שגם בחלוקי כפרה מרוחקים הם מן הקלה אל הקלה כמבואר ביומא [דף פ"ה:] דעולה מכפר על עשה ועל לאו הניתק לעשה, וגם תשובתן חלוקה [שם דף פ"ו:] וגם דאיכא למימר דמפני ספק מלוה ישנה, או משום ספק דאית ליה בגוף החפץ קא תפיס ליה עד שיזכיר את עצמו בבירור, ואם ישאר לו בספק יחזיר. לו כמ"ש

תוס' [ב"מ דף ו' ד"ה ממון] גבי ספק מלוה ישנה, ואפ"ה פטור משבועה היכא דלא שייך אישתמוטי כדסבירא להו להתוס' השתא לדעת רש"י, שהרי בנסכא איכא משום ספק מלוה ישנה, ואפ"ה פטור משבועה משום מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, אלא ע"כ עיקר הטעם הוא משום דאנן הוא דמספקא לן דילמא לא יודה אחר כך מפני השבועה, כיון שכבר ילא מחזקת כשרות בכל דהו, אבל היכא דשייך אישתמוטי דעודנו לא ילא בזיז כל שהוא מחזקתו, הוא דמחייבינן ליה לישבע, הרי מכללו נשמע דלמאן דס"ל כן בע"כ צ"ל דקליבא לדידי' חיובי דכל השבועות טובא שהרי בעילה כל שהוא פטרינן ליה לגמרי בלא שבועה ותשלומין כלל, [אפי' לתירוץ הראשון בתוס' ב"מ דף ה' ד"ה שכנגדו דמדינא אמרינן גבי חשוד מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דשאני התם דמעשיו גרמו לו דנשתנה בזה מן הכלל, משא"כ בדבר דל"ש אישתמוטי דבכולי עלמא הכי איתא] ואפי' במקום דצריך לישבע נגד העד ול"ש אישתמוטי פטור משבועה ותשלומין, אלמא דלא ס"ל דכל כמה דלא נשבע להכחיש העד הרי הוא כשנים, וגם פשיטא דל"ש נומר על כפירה קליבתא כזו דאית בי' כמה ספיקי, דלא חציף להכחיש את העד ומפני כך יהרס לגמרי המיגו שלו, ותו נ"ק קושי' הנ"ל:

איברא לא הבנתי כלל עיקר דבריהם כיון דמוכח להדיא מסוגי' דלקמן דאי איפשר לבלע הדבר רק באחת משתים, או דלית לן כלל מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, או דחיישינן לספק מלוה ישנה, שכן מוכח להדיא מכל הנשבעין ונוטלים, וא"כ לדעת רש"י דרבה ס"ל דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, א"כ בע"כ דס"ל כאביי, ואביי ס"ל בשבועות [דף ל"ג:] וב"ב [דף ל"ד] שאי דר' אבא בנסכא, ותו לא קשי' מנסכא כלל, ומנ"ל לחשוב בדעת רש"י כזאת להעלות דרך ממולע בין הדבקים והנמודים, וראיתי בפנ"י שהרגיש בזה, ומ"ש דרבה בע"כ לית ליה דאביי דספק מלוה ישנה, דא"כ אזדא ליה המיגו בכללו דשמא יש לו ספק מלוה ישנה רק על המקצת שהודה, כבר כתבתי בדיני השכיר בזמנו [סי' נ"ט אות ה'] דמשום הא לא איריא:

ד **שמעתי** מהגאון מו"ה אלעזר לנדא ז"ל (אשר נתקבל אח"כ לאב"ד דק"ק ברא"ד) קושי' בשם הגאון הגדול מו"ה זרח זצ"ל מפראג, על הא דאיתא שם בשבועות אמר אביי וכו' הכל מודים בעד אחד דר' אבא וכו', דהא לאביי אם מחל לו כולי' ספיקא תו לא מחייבינן ליה לישבע, כמ"ש הנמוקי יוסף ב"מ [דף ו'], וא"כ אמאי יתחייב העד שהרי להעיד על החטיפה אזי יכול החוטף למחול לו כל ספק מלוה ישנה שיש לו עליו, וא"כ אכתי איכא מי יימר, שהרי לאחר שימחול לו תו לא מהני ההודאה דילי' דאכתי יש לו מיגו דלא חטפתי:

ולדברינו הנ"ל ניחא בפשטא, שהרי לאחר שימחול כל ספיקי א"כ הדרא הכפירה לכפירה ברורה, ותו שייכים על הכפירה לחוד שני התירוצים של התוס' שם כמו השתא דדנין על השבועה משום לא חציף או משום דכל זמן דלא כפר לו הרי הוא כשנים [ועיין בהשמטות]:

והנה אז זה יותר מארבעים שנה תירצתי לו, חדא דל"מ מי יימר רק על העדר מעשה, כמו מי יימר דמשתבעת [גבי שכנגדו חשוד על השבועה] אבל לא על קיום דבר חדש שעודנו לא נעשה כמ"ש תוס' ריש שבת [דף ד' ד"ה קודם] ברדיית הפת דלא חשיבא התראת ספק היכא שתלוי' בקום ועשה, הרי דקו"ע לא נכנס בכלל סוג הספק, וכ"כ תוס' במכות [דף ט"ו:] דקיימו ולא קיימו ל"ח התראת ספק אף דמסתמא יעשה שלא ימות ולא ילקה [ועי' בהשמטות]:

ועוד יש לתרץ כשם דחיישינן לספק מלוה כן יש לחוש על ספק שיש לו בחפץ עצמו כמ"ש בסמ"ק שם, ועל החפץ ל"מ מחילה כדאי' בש"ע [סי' רמ"א], וצריך להקנות לו בקנין, ומסתמא לא ירצה אידך בכדי שיתחייב בדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דבשלמא מחילה, לחוד מהני אפי' בע"כ דאידך, כמו שמבואר מתוס' קידושין [דף ה'] בד"ה שכן ישנן, דיעוד הוא בע"כ דידה ואבי', ולקמן [דף י"ט] בתוס' ד"ה במלוה כתבו שם שאין עיקר היעוד בחזרת המשכון אלא ע"י מחילת השיעבוד לחוד:

ואבתוב מה שתירץ אז כבוד הרב מוהר"א הנ"ל בדרך פלפול, דהנה תוס' שם ב"ב [דף ל"ד.] כתבו וז"ל וליכא למימר נמי דהאי לא חשיב מיגו וכו' או משום שירא שלא יפסלוהו לעדות, העד ובעל הנסכא, דהא משמע דאי לא דעד מחייבו שבועה היה פטור והיינו ע"כ במיגו וכו' עכ"ל, כוונתם דא"כ בלא שבועה נמי ליתא למיגו מה"ט

גופא

גופא שלא יפסלוהו דכופר בפקדון פסול לעדות ושבועה, ויש לייסב קושי' התוס' ע"פ דברי תומים שפירש דברי תוס' ב"מ דבודאי גזלן לא תלינן במלוה ישנה משום דהוי כתרתי דסתרי כיון דמוציאין ממנו ולא יופסל מיחזי כחוכא, ולפ"ז ניחא דעל הכפירה לחוד לא יופסל ע"י צירוף העד ובעל הנסכא כיון דאין מוציאין ממנו הדר תלינן במלוה ישנה ולא יופסל. אבל אם ישבע שלא חטף, אז יפסלוהו העד ובע"ד דאם נשבע לשקר ליכא למיחש עוד בספק מלוה ישנה, וכ"ז כשלא מחל לו הספק מלוה ישנה. אבל כשימחול לו המלוה ישנה, [הגם דלא יוצרך לישבע] הלא גם בלא שבועה לית ליה מיגו, כיון דאז יכולים לפוסלו ע"י כפירה לחוד, מש"ה ירא לטעון ל"ח שלא יפסלוהו עכ"ד הג' הנ"ל. איברא עיקר טעמו של התומים אינו מן ההכרח דבפשטא ברירא טפי, משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, ואינו מן המדה להכניס דרך ספק ואמתלא נגד הגדתם לבטל שמן מנהו כמ"ש לקמן בדיני שכיר בזמנו, ולא מצינו כזאת רק להמציא עילה למציאות השבועה:

ה בתוס' כתובות [דף י"ב:] בד"ה רב הונא וכו' וז"ל ותימה דבפ' יש נוחלין גבי זה אחי משמע דאית ליה דברי ושמא ברי עדיף ובפרק ח"ה משמע דאית ליה דר' אבא, וי"ל דאפי' למ"ד חייב איכא למידרש שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, דשניהם לא ידעו אלא שעד אחד מעיד שאחד חייב לחבירו מנה דאבוהון כה"ג חייב דמתוך שאינו יכול לישבע משלם עכ"ל. וזה שנים כבירים אשר עמדתי ע"ז דלמאן דאית ליה ברי ושמא ברי עדיף היאך יתחייב לישבע בטענו בספק ע"פ עד שהרי יכול לשלם ואח"כ יתבענו ויוציא ממנו ע"י ברי ושמא דעד המסייע אינו קם לממון. ונראה כיון דכל כמה שלא נשבע כנגד העד הרי הוא כשנים ונמצא דדמי למו שפילם לו על פי עדים, ואחר כך נעשו קרובים שוב לית ליה דינא ודיינא עליו:

ויש לייסב בזה קושי' הר"י הלוי מובא בר"ן ריש פרק שבועת הדיינין שהקשה מדברי רב נחמן בר יצחק אמר שמואל [שם דף מ'] דנקט אבל טענת מלוה והעדאת עד אחד, הרי שגם ע"י עד אחד צריך טענה דוקא אבל לא ע"י ספק, דשמואל לטעמי' דס"ל בו"ש ברי עדיף וגם לית ליה דלכל זמן שלא נשבע נגד העד הרי הוא כשנים, להכי א"א לחייבו בטענו בספק ע"פ עד שהרי יכול לשלם לו ואח"כ יתבענו ויוציא ממנו ע"י בו"ש, והברא הנ"ל ל"ש אליבי' דהא רב ושמואל לית להו דר' אבא, [וכמ"ש תוס' ב"ב ל"ד ד"ה הוי בשם ריב"ם דלדידהו נאמן דידי תפסתי במיגו דלא תפסתי]:

ו וראיתי כעת בתומים [סי' ע"ה ס"ק ו'] דפוס דובנא מש"ש הרב הגדול הרמ"ז מ"ן דשם וז"ל ולפענ"ד נראה להוכיח בהיפוך דהיכא דספק פרעון קודם הלואה הוי כא"י אם הלויתני מדפסקינן דהיכא דטענו בספק ע"פ העד דחייב לישבע שבועה דאוריי' ואם אינו רוצה נחתינן לנכסי', וקשה דהלא הלוה יכול לתבוע אחר הפרעון להמלוה שלקח ממונו בחנם כי לא היה חייב לו מעולם וטענת המלוה אינו אלא בספק כי הוא אינו יודע כי אם ע"פ העד וא"כ אם אמרינן דספק פרעון קודם הלואה הוי כאיני יודע אם פרעתיך מחמת דאין ספק מוציא מידי ודאי, א"כ ה"נ הוי טענת המלוה כא"י א"פ וחייב להחזיר לו מעותיו ואין העד פוטרו כי אין ע"א קם לממון כמ"ש הרא"ש וכו' ועכ"פ היה לנו לומר שיעשו פשרה וכו' אלא ע"כ צ"ל כיון שהספק נולד קודם שנתן לו הוי כא"י אם נתחייבתי לך וכו', ועוד יש להוכיח וכו' ממ"ש הפוסקים דבטענו שניהם ספק על הפרעון דחייב לצ"ש, וא"כ לאחר שפילם לו יתבע למלוה ויהיה גם הוא כא"י אם פרעתיך ע"י ספק פרעון קודם הלואה וכו' עכ"ל:

ואילו היה כתוב כזאת בחיבור בפ"ע לא חששתי להורות את משפט לדק בזה שאין אנו אחראין לזה שכל מעיין ישים עיונו בפלס מאזני הצדק וידע דרך הנכונה מעלמו. אולם מפני שכתובים אלל חיבור גדול ומאוים כזה ייראו התלמידים לשום עיונם בזה וישתבשו גם בכל כיולא בו כי לקושטא במחכ"ת שגה בזה, כי ספק פרעון קודם הלואה לא הוי אלא היכא שנתחייב בטעתו, רק שאח"כ רוצה לעשות פרעון מספק שקודם להלואתו, אזי אמרינן כיון דנתחייב כבר, מוקמינן ליה על חזקת חיוב בהדי ברי ושמא ולא נסתלק חיובו מפני ספק שקודם לזה. איברא בהנך גווני דנקט ליה, הרי נעלם בחזקת שהם שלו מדינא, דכל זמן שלא נשבע כנגד העד הרי הוא כשנים או מפני שאינו רוצה לישבע דמדינא נחתינן לנכסי', הרי נעלם בחזקת שהם שלו מדינא, ולא נתחייב לו מעולם, וכן בטענו שניהם בספק על הפרעון דחייב לצאת ידי שמים הרי נעלם שיהיו שלו לעולם פשיטא שגם אחר כך כשתבעו לא גרע מאיני יודע אם נתחייבתי [ועמ"ש בסי' הקודם אות א' בהג"ה]:

ז בנתיבות המשפט [סי' ע"ה סק"ז] כתב בענין איני יודע אם פרעתיך במקום דלא הו"ל למידע לדעת הפוסקים דפטור וז"ל שם ויש ליתן טעם לדבר מה בכך שמא גרוע וכי משום שהי"ל לידע ולא ידע קנסינן ליה, וע"כ צ"ל דטענת א"י במקום דהו"ל למידע טענה גרוע הוא ומחזיקים אותו למשקר וטען שמא. ובאמת אילו היה ברור לב"ד באמת שא"י היה פטור, דלא גרע ממקום דלא הוי ליה למידע רק דחשדינן אותו למשקר וטען א"י, וא"ל דיהי' נאמן שא"י במיגו שהיה טוען ברי, דז"א דיותר ניחא ליה לאדם לטעון טענת א"י מטענת ברי, כמ"ש הסמ"ע [בס"ק כ"ג], וא"ל דיהא נאמן במיגו דא"י אם נתחייבתי לך דיש לומר דירא שמא יש עדים על הלואה, ועוד כיון דשמא גרוע הוא א"כ אפי' יש לו מיגו אם לא במקום הפה שאסר, עכ"ל הלריך לעניינו:

ולפי ענ"ד ראיית דבריו מתקבלים ונכונים דבע"כ הטעם הוא משום דלא מהימנינן ליה שא"י. אולם מ"ש לתרץ על עיקר הקושיא לא אוכל לכלכל הדברים בלדק, דמ"ש דניחא ליה ביותר בטענת א"י, דאנן איפכא שנינן בכמה דוכתי דאין אדם עושה עלמו ברלון מסופק, ומדברי סמ"ע שהביא אינו דומה ואינו עולה במישור לכאן, דהסמ"ע נתן טעם למי שטען תחילה ברי ואח"כ כשמחייבין אותו בשבועת היסת טוען א"י, שהוא מפני שניחא ליה יותר בזו משום דלקושטא כן הוא שא"י. אבל בנידון דידן דחשדינן ליה שיודע ועושה עלמו ברלון מסופק, כיון דבין כך ובין כך הוא משקר יותר טוב לו לטעון בברי שאז לא יתוודע שקרו, גם מ"ש על מיגו דא"י א"כ דירא שמא יש עדים על הלואה, א"כ נפלו בבירא כמה וכמה מיגות כגון פרעתי במיגו דמזויף לדידן, ואי משום דאם יבאו עדי קיום אזי גם בטענת פרעתי לא יפטור, בנידון דידן ג"כ כן הוא לדבריו דלית ליה מיגו על טענת ברי ועי', וכן מת במלחמה בהחזיקה היא מלחמה בעולם במיגו דאי בעי אמרה שלום בעולם, וכן גבי שכיר אם שכרו שלא בעדים בע"כ דליכא עדי מלאכה ונימא ג"כ דירא דילמא איכא עדים שראו שעסק במלאכתו [ועי' בהשמטות], גם מ"ש משום דטענה גרוע הוא אינו נאמן במיגו, לא אדע הלא כל ענינו של מיגו הוא במקום שעתה הוא טענה גרוע ואפי' במקום חזקה מיבעי' לן ומהימן להחזיק. איברא הנראה לי עיקר בזה, ובזה יתורץ ג"כ קושי' בעל פתח הבית שהקשה לפוסקים דבמקום דלא הוי לי' למידע לא אמרינן מתוך שאיל"מ, בע"כ ג"כ הטעם משום דלא מהימנינן ליה שא"י וא"כ היכא דאיכא ע"א על הלואה וטוען א"י דפסקינן דמתוך שאיל"מ [ש"ע סי' ע"ה סעיף י"ב], אמאי לא מהימנינן ליה שא"י במיגו דפרעתי, וכן יש לשאול ג"כ בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא אמאי דינן לחייבו יהיה נאמן שא"י במיגו דאי בעי כופר הכל, ואי משום העזה דהשתא הוי לענין ממון, כסברת הרא"ש ריש ב"מ סי' ג' [ועמ"ש בתפארת ירושלים סוף מס' ב"ק בהג"ה, על קושיו' האלו]. אבל הנכון בזה ע"פ סברת הרמב"ן ב"ב [דף מ"א] מובא בנמו"י שם דהיכא דטען שדר ביה המוכר חד יומא ולית ליה סהדי ע"ז, אע"ג דאית ליה מיגו דמיקך זבינתי' משום דכל תורת מיגו לא ניתנה רק היכא שלפי טענתו נתבררו הדברים לגמרי בלא שום צירוף, אבל היכא דגם לפי טענתו עודנו אינו מבורר לגמרי רק דאכן צריכין עוד לברר הדברים לגמרי על פי נשקל דעתינו בכל כה"ג לא ניתנ' תורתו של מיגו כלל, ולפ"ז תו ל"ק הקושי' הנ"ל שהרי אם נאמין לו שא"י, הכי נתברר ע"פ דבריו שחבירו משקר, רק דאכן דנין שאין לחייבו מספק ע"פ דת תוס"ק, ולכל כה"ג נפקע תורתו של מיגו, ולפי שסברתו של רמב"ן היא סברא נמרלת ונקודה נפלאה יורדת עד תכליתה וכלל גדול בכללי מיגו, יש להתבונן שגם בעלי התוס' מודים בעיקר סברא זו, והאי דנראה שחולקים ע"ז שם [דף ל'] בד"ה לאו, משום דמחלקים בין חזקה המסתברת בעלמותה לחזק' שהוא ע"פ דת, ולהכי סברי דהיכא שכבר החזיק ג' שנים וטוען מפלני' זבינתי' דאמר לי דזבנה מינך, והנא ידענא דדר ביה חד יומא, אע"ג דלית ליה סהדי דנאמן במיגו, משום דכל ענינו של חזקה הוא משום ריעותא דמערער על שלא מיחה, וריעותא דלוקח דלית ליה שטרא כבר נסתלק לאחר ג' שנים דעד אלא שנין מזדהר וכו' כמ"ש הרמב"ן שם [דף מ"ב] ד"ה הא דתניא, ולהכי כיון דלפי טענתו דדר ביה חד יומא הרי מסתבר ליה שקנהו מן המערער, להכי הוי כטוען טענה מבוררת ונאמן ע"ז במיגו ומש"ה הוכרחו להדר

בתר

בתר טעמא אחרינא בהאי דדר בקשתא בעליתא משום דהוי כמיגו למפרע, אבל בכל הנך גווני דלעיל שגם לפי דבריו לא מסתבר ליה לא ע"פ ידיעה ולא ע"פ ראיה שהלה משקר, רק שהוא לא ידע. ועי"ז פטור מן הדין משום חזקת ממון, אזי בכל כה"ג לכ"ע לא מהני מיגו כיון שגם לפי דבריו לא נתברר האמת לאמיתו. איברא היכא דלא ידע בבירור גמור רק שלפי דבריו הוא נידון ע"י חזקה המסתבר בזה פליגי בעלי התוס' עם הרמב"ן הנ"ל:

ח ואין להקשות לדעת רמב"ן מגיטין [דף ס"ד.] בעל אמר לגירושין ושליח אומר לגירושין וכו' אמר ר' יוחנן הוי דבר שבערוה וכו' וליהימני' לשליח, עי"ש בפי' רש"י דכיון דהבעל נאמן שנתנו לשליח וכו' הרי דאע"ג דהאמנותו של הבעל הוא ע"י מיגו, ועל ידו לא נתברר הדבר רק ע"י צירוף חזקה דשליח עושה שליחותו, ואפ"ה מהני מיגו כזאת. וא"ל דשאני התם שאין דנין אלא להאמינו שנתנו לשליח, ואח"כ יבולע הדבר ממילא ע"י חזקה דשליח עושה שליחותו, דא"כ גם התם כשאומר למוכר דר בו חד יומא נמי נימא הכי, שהרי לדברי הלוקח נתברר מיהת שהמוכר דר בו חד יומא והשתא אילו אתא המוכר ואמר מינך זבינתיה תהיה בחזקתו ע"י המיגו דלוקח, וכיון דאיתא למיגו זו שוב ישאר לגמרי ביד הלוקח אפי' היכא דליתא קמן, אלא ודאי כיון דסוף סוף אין טענתו מבוררת ע"י דבורו לא מהני לזה תורתו של מיגו כלל אפי' בדאיכ' המוכר לפנינו, איברא כבר כתבנו במק"א דכל מיגו שבידו שאני דעדיפא ממיגו שע"י טענה שהרי יכול לברר דבריו לפנינו כמ"ש הרשב"א קידושין [דף ס"ד] גבי יש לי בנים, ועוד נראה דכיון דהיכא שהבעל אומר שגירשה בספק קרוב לה או בספק אחר פשיטא דנאמן שתהיה ספק מגורשת ע"י מיגו, ואז אם יתברר אח"כ שמגורשת לגמרי פשיטא דמגורשת, והתם נמי כיון שהבעל אומר שנתנו לשליח, אזי גם בלא חזקה דשליח עושה שליחותו נידונית מיהת כספק מגורשת ע"י מיגו שלו ושוב נתברר ע"י חזקה דשליח שמגורשת לגמרי. ועיין משנה למלך [פרק ד' מהלכות בכורות תוך ד"ה ודע], וכ"מ מגמרא דאי לאו משום חזקה דשליח עו"ש לא מהני מידי שלוה לשליח שיערב בעדו עירובי תחומין אע"ג דספק עירוב כשר דספיקא דרבנן הוא, ומתרץ שם דהיכא דמספ"ל אם נעשה מעשה דהיינו בספק הניח לא נכנס בסוג הספק, וא"כ גם בדאורייתא לא מחמרינן מצד ספק רק משום חזקה וא"כ הדרא קושי' לדוכתי' דא"כ אמאי מהני מיגו שלו כיון שע"י דבורו לבד הרי היא בחזקת אשת איש כבראשונה, ויש לחלק דשאני התם דלולא חזקת שליח עו"ש עודנה לא נעשה שום שינוי ע"י מינוי השליחות שע"י יצא מחזקתו הראשונה. אבל הכא גבי גט כבר התחל לנתק אפס קצהו שהרי מעיקרא לא היה ביד אחר להוציאה מקניינו, ועתה ביד השליח הוא דכיון דמסתמא לא יבטל שליחותו ולא חיישינן לביטול כלל ואינו בכלל סוג הספק כלל, לכן גם זולת חזקה דשליח עו"ש הוית כספק מגורשת לחומרא כיון שגם השליח והאשה אמרו כן וכיון שגם עלת צירוף חזקת שליח עו"ש יש מקום לדברי הבעל ע"י מיגו שלו ושוב נתברר ע"י חזקה דשליח עו"ש שמגורשת לגמרי:

ט עיון בבעל התרומות [שער נ"א ח"ב דין ה'] דהיכא שמלוה אומר שטר אמנה הוא, והוא חב לאחרים על חצי הסך שבשטר שאה"י דמתוך שנאמן לגבי עצמו נאמן על חבירו, ובעה"ת חולק עליהם וכ"פ בש"ע סי' מ"ז מטעם דחיישינן לקנוניא, [ועמ"ש בזה בזי"ר חלק ראשון בדיני דע"א נאמן באיסורין בדף מ'], וקשי' מב"ב [קל"ה סוף ע"א] גבי זה אחי הוא אינו נאמן ויטול עמו בחלקו דמקשה הש"ס ש"מ מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור, אביי אמר לעולם אימא לך חייב ושאני הכא דכמנה לאחר בידך שהוא בעצמו אינו טוען ברי רק ע"פ אחיו וקשי' דנאמין לזה דמתוך שנאמן לגבי עצמו, ומאי אמרת דחיישינן לקנוניא, דנאמין לזה שלא נעשה קנוניא ביניהם במיגו דטען בעצמו בברי שהוא אחיהם, ולדעת הרמב"ן הנ"ל ניחא דכיון שלא נתברר הדבר לגמרי ע"י טענתו רק ע"י צירוף דינא דמתוך, לזה לא ניתן תורתו של מיגו כלל:

י בש"ך [סי' ע"ה סק"ע] נסתפק באחד שתבע לחבירו ק' הלויתיך והודה לו בא' ועל השאר טען א"י ואינו אמוד רק על עשרה, אם דנין ביה כדין מתוך שא"ל על העשרה שאמוד, ומסיים שמסתבר דמחויב לשלם לו העשרה, והקשיתי זה כמה מדברי הנימוקי יוסף ריש ב"מ גבי רבי חייא קמייתא וז"ל שם גבי העדאת עדים ל"ל הכי כו' אבל גבי עדים דליכא למימר אישתמוטי אישתמיט שהרי בכל כפר אימא ודאי קושטא קאמר דאי לאו הכי לא מצי כפר דאין אדם מעיז ואע"פ שהוחזק כפרן במקצת נימא דמשטה היה בו מתוך שהיה טוען עליו יותר ממה שהיה לו אללו וליהימני' בלא שבועה קמ"ל מק"ו שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ולפיכך הואיל והוחזק כפרן במקצת יצא מחזקתו ובחזקת מעיז פנים הוא ונשבע עכ"ל, וכללא הוא דדינא דמתוך ל"א אלא היכא שמכחישו בברי מחויב לישבע שבועת התורה, [וכדמוכח מדברי ר"י מיגאש מובא בר"ן פרק שבועת הדיינין סוגי' דמלוה על המשכון ועוד ראשונים], והכא אם מכחישו בברי היה נפטר משבועה דאורייתא משום דאית לי' מיגו דאי בעי כפר הכל, ול"ש בזה משום חזקה דאין א"מ כתירוצו דרבה שהרי בכה"ג יכול להעיז ולכפור בכולו משום כשם שהשטית בי לתבוע במאי דלא אמיד כך השטיתי בך לכפור גם בכולו אפי' בעשרה דאמיד וכדברי הנמו"י הנ"ל, ובזה ל"ש לומר כמו בדר"ח קמייתא משום שהוחזק למעיז, לפי שגם בעשרה דאמוד אנן לא ידעינן לאמיתו של דבר את מי הצדק והשקר, וכיון דבטענת ברי פטור משבועה תו ליתא לדינא דמתוך [ועי' בהשמטות]. איברא ליישב דעתו הגדולה נראה דמסתבר דכשם שהשטית בי וכו' ל"ש אלא בדבר שאינו ידוע לכל רק לשכנגדו לבד. אבל באינו אמוד, הרי ידוע לכל לכן לא חשש שכנגדו להבעיר יקוד בקרבו ולהכחיש לו בכולו בדבר שלא נודע לכל:

יא בעיקר דינא דמודה במקצת חייב לישבע שבועה דאורייתא, הקשו התוס' בכמה דוכתי דלדידן דפסקינן שיעבודא דאורייתא א"כ כל מודה במקצת הוי שיעבוד קרקעות, ותירוץ הרמב"ן מובא ברא"ש [סוף פרק שבועת הפקדון] דכיון דלא מצי למיטרף מלקוחות דלגבייהו ל"מ הודאתו תו לא הוי ש"ק. והוסיף עוד הרמב"ן וז"ל דכל מודה במקצת שאין בו עדים כאן חייב דאפי' תבעו נמי ק' לי בידך בשטר ואבד ממני השטר והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים בשטר חייב הוא שבועה דאורייתא, כיון דאמר דאין השטר כאן ואין יכול לגבות בו מן המשועבדים לאו שע"ק מיקרי עכ"ל, והרא"ש שם חולק עליו דגם בכה"ג הוי ש"ק עי"ש [ודעת הר"ן ריש פרק שבועת הדיינין כהרמב"ן, ומה שקשה שם בד"ק, דמקושייתו שהקשה אח"כ נראה דסובר כתוס' והרא"ש, וכן תמה ע"ז התומים (ריש סי' ע"ה), ישבנו על נכון לקמן בדיני שאלה ושכורה בסי' פ"ב אות ג']. וזה כמה בימי חורפי עמדתי להבין בזה דדלש"ק מהכא יפטור הלוה בלא שבועה במיגו דפרעתי כולו שהרי מסייע לו ריעותא דכפילה, שע"י יכול להעיז כמו בסלעים דינרים מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דנאמן בלא שבועה במיגו דאמר שתים דמסייע ליה שטרא [ב"מ ד:], והלא ריעותא דכפילה עדיפא ליה מסייעתא דהתם סלעים שתים, שהרי בהתם סלעים איכא מאן דס"ל דמהני תפיסה, וגבי רעותא דכפילה ליכא למאן דפליג, עי' בנמוקי יוסף ב"מ גבי סלעים דינרין לסברת ראשונ' דמכריח מפרק המקבל דמחויב בהיסת [והוא דעת רמב"ן, ובש"ע סי' פ"ח סעי' ל"ב], ואמרתי דהיינו טעמא, משום שגם למלוה אית ליה מיגו דאי בעי שתק לגמרי מהשטר ותבע בע"פ כיון שאין לו שום יפוי ע"י שטר זה שנאבד, ואם ימצאהו אח"כ יתבע אז שנית. הגם דמיגו לחייב שבועה ל"א כמ"ש בתומים ובקצה"ח [סי' פ"ב ס"ק ס"ז], וכן מסתבר דדמי למיגו להוציא דמה לי ממון מה לי שבועה, זהו היכא דכל עיקר חיובו תהיה ע"י מיגו. אבל בכה"ג דעיקר המיגו של המלוה אינו אלא לסלק המיגו של הלוה, כל כה"ג אפי' מיגו להוציא ממון נמי אמרינן [ועמ"ש בזה לקמן בדיני אומן סי' ס"ו אות י"א, ועי' בהשמטות וביאורים]:

סימן נט

בדיני שכיר בזמנו

א עיין שבועות ריש פרק כל הנשבעין [דף מ"ה מ"ו] והקושיות בסוגיא זו, א] קושיית הר"ן תוך ד"ה הילכך, שהקשה על הא דמקשה הש"ס שבועת שומרין דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, דהא ע"כ מוכרחים לחלק בין ממון לשבועה לענין מיגו דהעזה, [כדמוכח מב"ב (ל"ו.) גבי הני עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא, ומרבה ריש ב"מ מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, חזקה אין אדם מעיז], ובשכיר הוי לענין ממון לכן אמרינן מיגו דהעזה, ב] קושיית הרא"ש [סי' ג'] על הר"י מיגאש שמחלק דמיגו מועיל לענין ממון ולא לענין

לענין שבועה, והקשה דמה לי ממון ומה לי שבועה, לכן מתרץ הרא"ש שם מטעם מיגו דהעזה, ג] וקשה ג"כ דהא לדעתו דליכא נפקותא בין ממון לשבועה הדרא קושיא לדוכתיה, ד] קושיית המפרשים על תוס' ד"ה קלילה כו' וז"ל וי"ל דשאני הכא דמודה במקצת כו' עכ"ל, דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה, ה] קושיית קצות החשן [סי' רנ"ו] לדעת הבעל המאור דהמפקיד אצל חבירו בשטר וטוען החזרתי אינו צריך לישבע מדאורייתא דלא חייבה רחמנא רק בטענה דשייכא גבי שומרים לבד ואעפ"כ לא הפסיד המיגו מדאורייתא, וכדאיתא להדיא בספר הכריתות [בלשון לימודים שער ג' סימן קנ"ה] דמדאורייתא אמרינן אם רצה לטעון שקר היה טוען נאנסו וישבע על טענתו ול"א שאינו רוצה לטעון כן מפני השבועה, א"כ מה מתרצינן דהמפקיד בשטר הלא יש לו מיגו דהחזרתי ואם טען החזרתי היה נאמן בלא שבועה מדאורייתא במיגו דנאנסו, וכיון שהיה נאמן בטענת החזרתי בלא שבועה יש להאמינו גם עתה שטוען נאנסו בלא שבועה:

ולפענ"ד נראה ליישב בחדא מחתא, דלכאורה קשיא על רב ושמואל דמוקי בשכרו בעדים, אבל בלא עדים נאמן לומר נתתי לך שכרך במיגו לא שכרתיך, דבקידושין [דף ס"ד] פליגי רבי ור' נתן במי שאמר בשעת קידושין יש לי בנים, ובשעת מיתה אמר אין לי בנים נאמן להתיר ואינו נאמן לאסור דברי רבי, ר' נתן אומר אף נאמן לאסור, ומסקינן התם דפליגי במוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני, דאמרינן מה לי לשקר כעדים דמי ואתו עדים עקרי חזקה לגמרי, ור"נ סבר מה לי לשקר כי חזקה דמי וכו' עי"ש [ובש"ע אהע"ז סי' קנ"ו ס"ז], ולפי דעת הרשב"א שם דמיגו דאי בעי מרשה כוונתו לפנינו אלים מן מיגו דטענה אחרת, ולכן אמרינן הואיל ובידו לגרשה דתו לא נשאר שום צד ספק משא"כ בטענה אחרת, ולפי דעתו אף דפליגי רבי ור' נתן בתוקפיה דמה לי לשקר זהו דוקא במיגו דאי בעי עביד מעשה לפנינו, אבל במיגו לטענה אחרת כ"ע מודים דמה לי לשקר כחזקה דמי, דמהיכא תיתי לן לומר דפליגי בפלוגתא רחוקה:

ועיין בתוס' בסוגיין ד"ה כי מטי כו' ועי"ל כו', תמצית דבריהם דחזקה אחת לא מהני נגד חזקת חיוב וברי דשכיר [וראיה לזה ממתניתין דחנוני ופועלים לדעת גדולי הראשונים דתרווייהו נוטלים מדינא, הפועלים מטעם חזקת חיוב וברי ושמא, והחנוני מטעם חזקה דשליח עושה שליחותו, ואמאי לא מצרפינן חזקה דחנוני לגבי בעל הבית ולפטור מפועלים אלא ודאי דחזקה אחת לא מהני נגד איני יודע אם פרעתיך, ועיין לקמן בדיני שאלה ושכורה סי' פ"ב אות ד' שהארכתי בזה], וא"כ אפי' שכרו שלא בעדים דאית ליה מיגו לבעל הבית מה מהני לגבי חזקת חיוב וברי ושמא, דהא מה לי לשקר דטענה, כחזקה לבד הוא, ואין לומר דהכי אמרינן בשכרו שלא בעדים ממתינין עד למחר ואיכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין בצירוף המיגו והוי תרי חזקה, [ויתיישב בזה קושיית תוס' בסוגיא ד"ה מתוך, דהוי מיגו בדדמי], ז"א דהא בזמנו ליכא רק מיגו לחוד ולמחר דאיכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין תו ליכא חזקה דאתמול דעכשיו לית ליה מיגו דהא הודה מאתמול דשכרו, ומיגו למפרע לא אמרינן:

אלא ע"כ צריכין לומר דרב ושמואל ס"ל דאף דפליגי רבי ור' נתן בתוקפיה דמה לי לשקר זהו דוקא היכא דטוען נגד חזקה כגון התם דמוחזק באחי ולא מוחזק בבני בהא סבירא ליה לר' נתן דמה לי לשקר כחזקה דמי, אבל בלא זה כ"ע מודים דאף מיגו ע"י טענה כעדים דמי:

ועתה נעמיד דברי הר"י מיגאש ודברי הרא"ש בטעמים ברורים וצלולים, דלכאורה היה נראה דחזקה מהני לפטורי משבועה דאורייתא מק"ו דע"א דלא מהני לממון ומהני לשבועה, אבל יש להביא ראיה דחזקה לא מהני לגבי שבועה מכתובות [דף פ"ח] אי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא יהיב לה כתובה באפי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקים להו להנך קמאי בהלוואה, ואם נאמר דחזקה מהני לפטורי משבועה התם נמי חזקה דשטרך בידי מאי בעי מסייע לבעל השטר, ואין לומר דהתם הטעם לפי דלא מהני חזקה לממון ולשבועה, דהא מסתימת הפוסקים משמע אף בתוך זמנו ושפרא יכול לחייבו שבועה דאורייתא, והתם איכא חזקה לממון וחזקה אחרת לפטורי משבועה, אלא ודאי דחזקה לא מהני לפטורי משבועה אף דע"א מהני לפוטרו משבועה, לפי דהגדת עד דומה לשבועה לפי דליתא בחזרה, ולא שייך גבי עד אישתמוטי ולאו דלא תענה אלים כלאו דשבועה, משא"כ חזקה דמ"מ אין הדבר ברור לפנינו, דאולי בעל דין עצמו מספקא ליה ואיכא לברורי ע"י שבועה, לכן צריך לברר, מה שאין כן לגבי ממון דלית לן בירור אחר שפיר סמכינן אחזקה:

ולפ"ז אתי שפיר דעת הר"י מיגאש דמיגו לפטורי משבועה לא אמרינן דס"ל דמיגו ע"י טענה גם רבי מודה דרק כחזקה דמי וחזקה לא מהני לפטורי משבועה, [וא"ל ממה דאמר רבה ריש ב"מ מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, ופי' התוס' שם דמיגו דאי בעי כפר הכל, דשאני התם דמקשינן על התחלת השבועה, ונוכל לומר דמפני זה מיאן רש"י ז"ל בפירושם ומפרש דהוה משיב אבידה, ואיפשר דגם דעת בעלי התוס' כן כיון דאי בעי כפר הכל ומרויח ממון יותר מטענתו דהשתא דמיגו כזה כעדים דמי]:

וע"ז הקשה הרא"ש להיפוך כיון שאינו טוען נגד חזקה כ"ע מודים דכעדים דמי ואזיל לשיטתו בקידושין שם, ומתרץ הטעם דהוי מיגו מאינו מעיז למעיז דמיגו גרוע כזה לא אלים מחזקה ומהני לענין ממון ולא לפטורי משבועה, אמנם כ"ז לדידן, אבל לרב ושמואל דאף דבשכרו שלא בעדים מהימן במיגו דאי בעי אמר לא שכרתיך, אף דהוי מיגו דהעזה מהני לגבי שכיר, אף דחזקה לחוד לא מהני כהנ"ל, ע"כ אית להו דאף מיגו דהעזה כעדים דמי, שפיר מקשינן א"כ שבועת שומרין דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, וא"ל דשאני הכא דהוי מיגו דהעזה לפמ"ש, דעתה הדרא קושיית הרא"ש לדוכתיה דמה לי ממון ומה לי שבועה, דבשלמא לדידן אמרינן הטעם דמיגו דהעזה כחזקה דמי, אבל לרב ושמואל דאית להו מיגו דהעזה במקום דחזקה לא מהני, ע"כ אית להו דמה לי לשקר כעדים דמי ותו ליכא נפקותא בין ממון לשבועה, ומיושבים ג' קושיות הנ"ל:

וקו' ד' נראה ליישב עפ"י דברי תוס' [דף מ"ה:] ד"ה מתוך, דאף דאמרינן מיגו בשבועת שומרין, אבל במודה במקצת לא אמרינן מיגו דאי בעי כפר הכל, דלכפור יותר ולהעיז נגד התובע בודאי לא אמרינן, דאל"כ מודה במקצת היכי משכחת לה, וע"כ צריך לומר דמיגו גרוע כזה לכפור יותר בודאי רק כחזקה דמי, דהא לענין ממון אמרינן מיגו כזו אפי' לכפור יותר כמו בעיזי דאכלו חושלא [בב"ב דף ל"ו.] וברבה בר שרשום [שם ל"ג:], וא"כ קשה קו' הרא"ש דמה לי ממון ומה לי שבועה, אלא ודאי ע"כ צ"ל ככ"ל דרק כחזקה דמי, וגם רב ושמואל מודים במיגו זו [דהוי כחזקה לבד], ומיושב דברי תוס' כיון דמיגו זו כחזקה דמי, וחזקה לחודא לא מהני לבעה"ב נגד חזקת חיוב דשכיר, [וה"ה בקלילה לסלקא דעתא דש"ס דדינו כמתוך שאינו יכול לישבע] (ועיין בהשמטות):

ועל קו' ה' נראה דס"ל לבעל המאור דאף דרב ושמואל דסבירא להו דאף מיגו דהעזה כעדים דמי, זהו דוקא במקום שאינו טוען נגד חזקה, אבל במקום שטוען נגד חזקה וגם מיגו דע"י טענה לבד אז בצירוף תרווייהו קלישא מיגו דידיה מעדים לחזקה, וחיליה דידיה רק כחזקה לחוד, וזה פשוט, שלא נוכל להעדיף ולהתקיף הטענה שטוען מן הטענה דאי בעי טעין, וא"כ אם טוען בשטר פקדון החזרתי אף דנאמן במיגו מ"מ כיון שטוען נגד חזקת השטר הרי חילא דמיגו כחזקה לחוד, א"כ תו לא קשה אמאי לא מהימן לטעון נאנסו במיגו דהחזרתי לפי שלא נוכל להאלים ולהעדיף טענתו מן הטענה דאי בעי טעין וגם עתה רק כחזקה דמי, וחזקה לא מהני לפטורי משבועה, וא"ל דא"כ בשטר פקדון כשטוען החזרתי יתחייב לישבע מדאורייתא מהאי טעמא, ז"א הכי משום מיגו אתה פוטרו משבועה דאורייתא, רק דכיון דלא מצינו לשבועה זו בתורה לגבי שומרים אזי ממילא פטור משא"כ כשטוען נאנסו דאיתיה לשבועה מה"ת, רק שדנין לפוטרו משום מיגו אזי לא נוכל לפוטרו כמ"ש [ולקמן בדיני אומן סי' ס"ז אות ה' כתבנו עוד ישוב לקושיא זאת]:

ובזה יש ליישב באופן אחר קו' הראשונים על הר"י מיגאש, מדרבה דאמר מפני מה אמרה תור' מודה במקצת הטענ' ישבע ליהימני' במיגו דאי בעי כפר הכל. ולפי הנ"ל דטעמיה דהר"י מיגאש דמיגו כחזקה דמי, וחזקה לא מהני לפוטרו משבועה, ורבה דס"ל בב"ב [דף ל"ג:] דאמרינן מיגו להוציא, ע"כ סבר דמיגו כעדים דמי ואמרינן ג"כ לפטורי משבועה:

ב באופן אחר נראה ליישב קו' קצוה"ח הנ"ל עפ"י דברי סמ"ע [סי' ע"ה ס"ק ה', ובתומים שם ס"ק ג'] דהיכא דנתן לו נאמנות כבי תרי בינם לבין עצמם, והלוה מודה בזה וטוען פרעתי דאינו נאמן במיגו, שהרי בע"כ צ"ל שהאמינו אפי' במקום מיגו שהרי לעולם יש לו מיגו זו, וא"כ האמנתו מה אהני ליה, דבשלמא היכא שהאמינו

שהאמינו בפני עדים והלכו להם יש מקום להאמנות וגם למיגו, משא"כ היכא שהאמינו בלא עדים. ומעתה גם לדעת רז"ה דבשטר פקדון וטוען החזרתי דנאמן במיגו דנאנסו, אינו חייב שבועת שומרים מדאורייתא רק בשבועת המשנה, זהו לאחר שתקנו חכמים שישבע א"כ אהני ליה שטרא דבלא"ה היה נאמן בלא שבועת המשנה, [וכ"מ לענין היפוך וכמ"ש הש"ך סי' רנ"ו] משא"כ קודם התקנה, הרי בע"כ צ"ל כיון שנתן לו שטר פקדון דאפי' במקום מיגו, דאל"כ מה אהני ליה למפקיד בשטרא שהרי לעולם יש לו מיגו כזו:

איברא לתירוץ זה עודנה קשיא מה דאמרינן מכלל דסבירי להו המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים, דמנ"ל כזאת אלא משום האי טעמא דנאמן נאנסו במיגו דהחזרתי והחזרתי במיגו דנאנסו, אבל לתירוץ ראשון הנ"ל לא קשה כן, דא"כ גם בעדים נמי כחזקה דמי, ועיין:

ג **וראיתי** בתשו' מרן הגאון מוהרע"א זצוק"ל [סי' קע"ה] שמתרץ על קו' (ו') הנ"ל דס"ל לרז"ה כדעת ריב"א דבשטר פקדון אינו נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו שהוא נגד חזקה דשטרך בידי מאי בעי, רק בעיסקא שהמקבל נותן שכר הסופר קליש קצת לחזקה דשטרך בידי מאי בעי משום דאפשיטא דספרא זייר ליה, ובד"ק עודנה קשיא לדעת הש"ך [סי' רנ"ו ס"ק ג'] דס"ל לעיקר כדעת רז"ה אפי' בשטר פקדון:

איברא לכל התירוצים הנ"ל עודנה קשיא דנהי דשבועת שומרים דחייב' רחמנא איירי בשטר ניהימני' ליה נאנסו בלא שבועה במיגו דאי בעי טעין דבעליו עמו, ובעליו עמו ניהימניה במיגו דנאנסו. ולדעת רז"ה וש"ך יפטור בלא שבועה, וא"ל דעדי שטר יעידו שלא היו בעליו עמו בשעה שהפקיד אצלו, עודנו יכול לטעון שהפקיד אצלו קודם לזה ונעשה שומר שלו, הגם דמסתבר שאינו נאמן בטענה זו בעלמותו כיון שאינו עומד לכך בסתמא, דאל"ה הדרא קושיית הש"ס לדוכתיה, דשבועת שומרין דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, אבל ע"י מיגו פשיטא דנאמן, לכן מכאן ראיה ברורה לדברי נתיבות המשפט בסוף סי' רנ"א [ומביא ראיה לזה מתשו' הרמב"ן] דגם כשידעינן שהיו בעליו עמו צריך לישבע מן התורה שבועה שאינו ברשותו שהיא עיקר שבועת השומרין:

ד **ועפ"י** הנעת הדברים הנ"ל תו לא מצרכינן להדורי בתר פירוקי במאי דמתרץ הש"ס דאפקיד ליה בשטר ולא אישתמיט לא' מהפוסקי' לפסוק כן, דאפ"ל דגם מעיקרא פשיטא ליה לש"ס דמיגו גרוע כזה מאינו מעיז למעיז לכ"ע כחזקה דמי, ונהי דחזקה לא מהני למיפטרי' משבועה כמו שהוכחנו לעיל, זהו היכא דאיכא חיוב שבועה בעולם במקום דליתא לחזקה, ואז כשנזדמן גם היכא דאית ליה חזקה לא מהני למיפטרי', אבל התחלת השבועה שיתחייב מן התורה לישבע היכא דאית ליה ראיה של כלום ואידך לית ליה ראיה כל דהו, זהו דקשיא ליה, ומשני דמשכחת ליה דאפקיד בשטר, וכיון דאיכא מקום לשבועה היכא דלית ליה מיגו, אזי גם בלא שטר מחוייב לישבע מה"ת כיון דמיגו גרוע כזה לא עדיפא מחזקה דתו לא מהני למיפטריה, [וכ"כ בתומים כללי מיגו ס"ק קי"ג]:

ה **איברא** במודה במקצת דקשיא ליה לרבה דליהימניה במיגו דכפר הכל דהוי מיגו מעלייתא ממעיז למעיז וגם ירויח אזי לכ"ע כעדים דמי, ובזה מתורץ מה דמקשין העולם, כיון דבע"כ מוכרחי' לסברא דאישתמוטי א"כ הוי ליה לרבה לתרץ מעיקרא כן על עיקר הקו' דליהימניה במיגו, דהאי לא בעי דליכפרי' כלל וחצי שמודה יש לו לשלם, ומה שכפר משום אישתמוטי, וכן מקשים האחרונים דלאביי דפסקינן כוותיה [בסי' נ"ב] א"כ לא צריכין לדרבה שהרי לית ליה מיגו כלל דעל החצי שכפר משום דאית ליה ספק מלוה ישנה ועל מה שמודה לית ליה שום ספק, שהרי סוף סוף צריכין לבא לזה לדידן דפסקינן מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי על שבועה:

ולפי מה שכתבתי לק"מ כיון דחיליה דמה לי לשקר כעדים דמי במיגו מעלייתא כזאת, אזי כשם דלא נחתינן גבי עדים לחתור אחרי ספיקי לבטל סהדותן, דאם נבא לכלל זה לא יתקיים דבר עדות גבי ממון דאולי שותפין המה והמה נוגעין בעדותן, ואפי' יטעון הלה כן לא מהימן [וכן מבואר בפירוש ברי"ו מובא בסמ"ע ל"ז ס"ק ס"ו], משום דאנן נקטינן מילתא כפי הנראה לעינים, ולא אזלינן בתר אמתלאות וספיקות ומחשבות שבלב, אזי גם במה לי לשקר דמדאורייתא הוא במשקל אחד עולים ולא נוכל לסלק תורתו וחיליה דמה לי לשקר משום צד ספק ואמתלאות שבעולם, רק כפי הנראה לעין כל, ועפ"ז הוכרח לתרץ דלית ליה מיגו משום דאין אדם מעיז, ומקשה דא"כ ליהימניה וליפטר משבועה משום חזקה זו, דאע"ג דחזקה לא מהני ליפטר משבועה, מ"מ לא מסתבר כלל שיתחייב לישבע כיון דאיהו אית ליה מיהת חזקה דמסייע לו, ואידך לית ליה ראיה כל דהו וכמ"ש, ועפ"ז מתרץ שפיר דנגד חזקה חקרינן בתר עיקרו דילמא אישתמוטי כדי להמציא דרך כזה לחיוב שבועה שהוטל עליו מן התורה, ולפי מש"כ יש מקום ליישב קו' התוס' כתובות [דף פ"ז:] דהכתי איכא שליש, דגבי נוטל דלא שייך אישתמוטי ליפטר משום חזקה, דהשתא דיש מקום לעיקר חיובו גבי נפטר תו לא מהני חזקה לפוטרו משבועה:

ו **עיין** ירושלמי שבועות בפרקין [הלכה א'] וז"ל הקדיש לו שכרו בדא נשבע ונוטל, פי' בר"ן ובפ"מ דבעה"ב טוען כן שהקדיש לו בצפרא דאז אינו טרוד בפועליו, ועפ"ז משיב דלא היא דלעולם מחמת טרדת פועליו גם בזה אינו זכור עכ"ל. ולפי פירושו הדברים תמוהין, חדא דאפי' אינו טרוד אינו נאמן שהוא תוך זמנו [ב"ב ה'] ואפי' למ"ד דאדם פורע ת"ז, זהו בודאי חוב, אבל לא בספק כמ"ש תוס' שם ד"ה כי, גבי בכור תוך שלשים יום, ועוד אמאי צריך לישבע שהרי בתוך זמנו גבי אפי' מיתמי בל"ש [וכ"כ הריטב"א קידושין דף מ"ח תד"ה נימא, וז"ל וכל תוך מלאכתו תוך זמנו הוא לגבות אפי' מיתומים קטנים], וגם אינו נאמן במיגו דפרע בזמנו כי היכי דישבעו שהרי אינו נאמן דפרע ת"ז במיגו דיומא דמישלם זמנו, ועוד דמיגו לחייב שבועה ל"א, ודברי הירושלמי תמוהים בתחלת ההשקפה:

איברא נראה לפי דברי רבינו אשר"י שכתב על הא דרב ושמואל דבשכרו שלא בעדים נאמן במיגו אע"ג דהוי מיגו דהעזה, [כוונתו נהי דגבי ממון מהני זהו מאינו מעיז שאין חבירו מכיר בשקרו לטענה דמכיר בשקרו, אבל בדבר שמסופק בעצמו לטענה שיודע בעצמו שמשקר, מיגו גרוע כזה לא מצינו גם לענין ממון, שאין לומר דכוונתו דמהני אפי' לפוטרו משבועה בתקנה קדומה שתקנו שבעה"ב ישבע וכמ"ש הר"ן, שהרי לא הזכיר מזה כלל] משום דבמיגו כל דהו אוקמו אדינא, דמדאורייתא בעה"ב נאמן כדין כופר הכל, רק דרבנן עשאוהו כאיני יודע אם פרעתיך:

ולפ"ז בשכרו שלא בעדים ובעה"ב טוען שנתן לו בצפרא בזה הוא דמספקא ליה להירושלמי אם נימא דבזה אינו טרוד יש לו מיגו מעלייתא ונאמן, או דילמא בזה טרוד ותו לא מהני ליה המיגו דלא שכרתיך, דמיגו גרוע כזה לא מהני אפי' לענין ממון, ודוקא היכא שטוען דפרע בזמנו אזי במיגו כל דהו אוקמו אדינא, אבל היכא שטוען דפרע ת"ז דמדינא אינו נאמן, רק משום מיגו דלא שכרתיך באנו לפוטרו, אזי שפיר נדחה מיגו שלו דהשתא דעשאוהו רבנן כשוכח הוי מיגו גרוע דלא מהני אלא לאוקמי דינא ולא לעקור דינא, והדר פשיט לי' דגם בזה נשבע ונוטל, משום שגם בזה חשבינן ליה לשוכח והוי ליה מיגו גרוע לעקור דינא, ברם צריך לישבע כיון שכל עיקר דחיית המיגו רק משום טרדתו עשאוהו לשוכח, ולא עדיף מתחלת דינו דצריך לישבע כדי להפיס דעתו אע"ג דעשאוהו כאיני יודע אם פרעתיך כיון דמ"מ טוען ברי:

ז **באופן** אחר נראה בהקדם דברי התומים [סי' פ"ד ס"ק ג'] שהמציא מדברי בעל התרומות דמלוה על פה תוך זמנו והמלוה מודה שקיבל מקצתו אזי לכ"ע הלוה נאמן שפרע כולו דנסתלקה החזקה לגמרי ע"י הודאתו, דנהי דבמלוה בשטר פליגי הרמב"ם והמגיד משנה אם צריך לישבע, דשאני התם כיון דמדינא נאמן בלא שבועה רק דרבנן חייבוהו לכן בעילה כל דהו אפי' בחזקה דאיתרע קמן אוקמינן אדינא, משא"כ במלוה ע"פ כיון דכל חיליה דמלוה רק ע"י חזקה הוא, וכיון דאיתרע ליה, הלוה נאמן:

ולפ"ז הכי פירושא הקדיש לו שכרו שהפועל מודה שקיבל מקצתו בצפרא ואיתרע ליה לחזקת ת"ז אם נימא דאינו טרוד ודינו כשאר מלוה ע"פ דנסתלקה לחזקת ת"ז ע"י הודאתו, או דילמא גם בזה טרוד ודינו כאיני יודע אם פרעתיך, ודינו כמלוה בשטר, ומסיים שגם כאן נשבע ונוטל כשאר שכיר דצריך לישבע כדי להפיס דעתו של בעה"ב, אבל במלוה בשטר דאין צריך לישבע בפוגם ת"ז לדעת רמב"ם, דמצד דינא דאורייתא נוטל בלא שבועה, משא"כ גבי שכיר דכל עיקרו הוא מפני דעשאוהו רבנן כשוכח, ועיין היטב ששני אופנים הנ"ל נכונים בפלס המשפט וצדק:

ח **השעה"מ** הקשה לדעת הר"ן פ' שבועת הדיינין דמתרץ גבי אל תפרעני אלא בעדים דאינו נאמן פרעתי שלא בעדים

בעדים

בעדים במיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני משום דדמי למיגו במקום עדים דאכן ההדי דלא פרע לו כיון שסתרה בו, והקשה מסוגיא זו דאמרינן מכלל דתרווייהו ס"ל דמפקיד בעדים א"צ להחזיר לו בעדים, ומנ"ל, דהכא שאני כיון דטוען נאנסה, אזי מהימנינן ליה במיגו דהחזיר לו בפני פלוני ופלוני והלכו להם, דלגבי נאנסה לא שייך תירוצו, ועוד מקשה כמו כן בקידושין [מ"ג:] גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו מאי קסבר אי קסבר המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים הני נוגעין בעדותן וכו', דלדברי הר"ן להימנו פרעתו למלוה במיגו דאהדירנוהו ללוה בפני עדים והלכו להם דלגבי מלוה ליכא אכן סהדי :

ויש ליישב שגם הר"ן מודה לגדולי הפוסקים דמיגו גרוע הוא, רק דמ"מ הרי אין לך מיגו גרוע ממודה במקלת במיגו דאי בעי כפר הכל, דאפי' רב ושמואל דסברי [לשיטת הר"ן] דאפי' מיגו דהעזה לפטורי משבועה כמי אמרינן [שהרי בשכרו שלא בעדים נאמן במיגו אפי' לפטור משבועה דתקנת ראשונה] ואפ"ה במודה במקלת מודים כמ"ש תוס' בסוגיין ד"ה מתוך. איברא כל זה רק לענין שבועה אבל לגבי ממון אפי' מיגו גרוע כזה מהני, שהרי בהני עיזי דאכלי חושלא [ב"ב ל"ו.] נאמן במיגו דכ"ה, מש"ה דחיקא ליה טובא לומר גבי ממון דחייב לשלם משום טעמא דמיגו גרוע לבד, ולהכי משני ליה בפירוקא אחרינא דהוי כמיגו במקום עדים :

אבל בשמעתין דאיירי לענין שבועה גם לדעת הר"ן הוא משום דבמיגו גרוע כהאי גם רו"ש מודים דלא מהני לפטורי משבועה כמו גבי מודה במקלת דאינו מרויח ממון ע"י מיגו זו, ומשו"ה גם גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו, דלגבי עלמן אינם צריכין למיגו כלל, שהרי נשלחו לכך ומהימני לגבי עלמם שקיימו שליחותם, רק כל עיקרו של מיגו זו רק לשוויהו עדים ולסלק הנגיעה, והשתא כיון שאינם מרויחים ע"י מיגו זו לא עדיף ממיגו לפטורי משבועה דל"מ ע"י מיגו גרוע כזאת :

ט מקשין העולם על קו' הש"ס שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"מ יכול לומר נאנסה, דמשמע להדיא דעל שומר שכר קאי וכן פי' רש"י ז"ל, והתם לית ליה מיגו דכשנאנסה מגיע לו שכרו וכשיטעון להד"מ יפסיד שכרו :

ואמינא זה כמה כיון דליפטר אינו צריך לישבע לה"ד דלעולם יש לו מיגו, רק ליטול, וכמלא דכל עיקר שבועתו הוא ליטול, והתורה אמרה ולקח בעליו ולא ישלם שכל שבועות התורה הוא ליפטר ולא ליטול, דהכי דגבי משכון מבואר בב"מ [דף פ"א:] ישבע ויטול מעותיו, וכן לדידן כשטוען נאנסה מחוייב לישבע שבועת התורה, וזהו למסקנא דאיתא לש"ס לפטור, לכן גם כשנגרר ממילא ליטול לא העדיף כחו בזה, אבל לה"ד דלא מש"ל לישבע ליפטר רק כשבא ליטול שכרו :

אבל עודנו לא נחה בהרי המפקיד בידו לשלם לו לאחר שטען נאנסה בב"ד, ואח"כ יתחייב לישבע מן התורה דהו לית ליה מיגו דהוי מיגו למפרע, ולחזור מטענתו הראשונה אין בידו הדא דהוי מחיוב לפטור, ועוד דאפי' במקום דיכול לחזור ולטעון, ה"מ כשטוען, אבל מיגו דאי בעי חזר לטענה אחריתא בודאי לא אמרינן, [וכמ"ש בהגהות והערות ראיה לזה מש"ס ב"מ דף ה' גבי ההוא רעיא יעוי"ש] :

איברא השתא נראה לי דעיקר הקושיא הוא בטעותא, דהכי כשידוע שנאנסה מגיע לו שכרו עד אותו השעה, אבל כשלא נודע מתי נאנסה הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף ולא נתחייב היכף בכולו, ודילמא נאנסה מיד עד שלא הגיע לו שום פרוטה, וא"ל בהקדים לו שכרו, דא"כ יש לו מיגו להד"מ על כולו, ובדאיכא עדים ל"ל, דהיינו תירולא דגמרא, וזה נכון בפשטא :

י עוד מקשים על קושית הש"ס דשבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה, דשפיר מש"ל בכל השומרים כגון שהנפקד הלוה למפקיד, ולהכי טוען נאנסה כדי שיחזיר לו המלוה לפי שאין חבירו מכיר בשקרו, אבל כשיטעון נגדו בדבר שמכיר בשקרו, אזי גם הוא יכפור בדמי הלואה שתח"י שכנגד שיווי הפקדון, וכ"פ בש"ע [סי' ע"ב סעיף י"ז] ועיין באורים שם שמביא דברי בעל התרומות דמותר לכפור ולישבע עליו לכתחלה :

ואמרתי הגם שאינה קושי' חזקה כל כך, אפרקה לאדד התלמידים, והנה קו' הש"ס על ש"ש הכתובה בתורה, לכן מן ההכרח לתרץ בדרך נכון לכולהו תנאי, והשתא אך הלוה לו מעיקרא ואח"כ הפקיד הלוה אללו, הרי לר"מ דס"ל בקידושין [דף מ"ו] דמלוה ברשות בעלים לחזרה, [וגם אליבא דידן דמלוה ברשות בעלים לאו לחזרה, הוא רק מדרבנן כמ"ש הריטב"א שם והכא קאי על הקרא], ועד שיוליא נעשה כשואל עליו, א"כ אי אפשר לומר דפרשה מיירי בכה"ג, דא"כ היכי חייבו לשלם כפי דינו, שהרי שומר אינו יודע אם בשעה שמסר לו הפקדון דילמא עודנו לא הוליא כלום אז ממה שהלוה לו, והרי המפקיד שומר שלו והוי שמירה בבעלים דפטור, ועתה שלא ידע הרי הנפקד כא"י אם נתחייבתי לך בדיני שומרים כלל, [ועיין מש"ל בסי' נ"ז אות ה' מחלוקת הפוסקים בזה], הגם דאיפשר דאיכא עדים שיודעים שהוליא כבר טרם שהפקיד אללו, תו מוטב לאוקמי דאפקיד ליה בעדים כיון דהוף סוף צריך לירד לתורת עדים :

ואם נוקמא כדאפקיד ליה מעיקרא ואח"כ לוה המפקיד ממנו דהשתא ליכא שמירה בבעלים בשעה שקיבל הפקדון, א"כ הדרא המיגו דלהד"מ לתוקפיה, שהרי גם עתה שטוען נאנסה לא יתחייב המפקיד להחזיר לו את שהלוה ממנו מדינא, שהרי אינו יודע דילמא פשע בפקדונו קודם שהלוה לו, ומשום ספק דילמא ירצה הלוה לצאת ידי שמים, יותר ניחא ליה להרויח מיד שלא ישבע, ועיין :

הגם דדמי לספק פרעון קודם הלוואה דהוי כא"י א"פ כמ"ש הש"ך [סי' ע"ה ס"ק כ"ז], מ"מ לא מיבעיא לדעת הפוסקים דגם בא"י א"פ במקום דלא הוה לי' למידע פטור [כמ"ש התומים סי' ע"ה ס"ק פ"ב], הרי גם הכא לא הוה ליה למידע, אלא אפי' לדעת הפוסקים דחייב זהו לדידן, אבל לר' יהושע דס"ל בכתובות [דף י"ב:] דאפי' בחזקת הגוף בברי ושמא לא מהני בשמא טוב דלא הוה ליה למידע כגון במשארסתני נאנסתי דחזקת הגוף עדיף מחזקת חיוב בעלמותו, שהרי חזקת חיוב עומד לפרעון משא"כ חזקת הגוף שאינו עומד להשתנות רק ע"י נישואין, ועוד כהם דלרבן גמליאל אזינן להדיא דחזקת הגוף עדיף מחזקת חיוב שהרי בא"י א"פ ושניהם בספק על הפרעון פטור מדינא לכ"ע כדאיתא להדיא בב"ק [דף קי"ח], ובחזקת הגוף חייב אפי' כששניהם טוענים ספק כמו שהוכיחו בתוס' כתובות [דף ל"ו.] בד"ה המרשת, ומהיכא תיתי נימא דר' יהושע פליג עליה בעיקר סברא זו דחזקת הגוף עדיף מחזקת חיוב, ואפ"ה באיני יודע אם פרעתי חייב אפי' לר' יהושע בברי ושמא כדאיתא להדיא בהדס משנה דליכא מאן דפליג, אלא דלר"י העיקר תלוי בברי ושמא דהוי ליה למידע, דברי טוב ושמא גרוע הוא דמחייבינן ליה אפי' בחזקת חיוב לחוד, והיכא דלא הוה ליה למידע דהוי ברי גרוע ושמא טוב פטור אפי' במקום חזקת הגוף דעדיף מיניה. ומזה נשמע דלר' יהושע בודאי פטור בא"י אם פרעתיך היכא דלא הוי ליה למידע, א"כ לר' יהושע גם בטענת נאנסה לא יתחייב אידך לשלם לו את שהלוה לו כיון דלא הוי ליה למידע, [וא"ל דהא לר"י לית ליה מיגו בשור שחוט, דלא מלינו כן לדידיה רק בגוונא דדמי למיגו להוליא כגון במשארסתני נאנסתי (כתובות דף י"ב:), ושדה זו של אביך היתה (שם ע"ז) דקרקע בחזקת בעלים עומדת, אבל להחזיק ל"מ] :

סימן ס

עוד בענין הנ"ל

ובדיני דאומן קונה בשבח כלי

א עיון ש"ך [סי' פ"ט ס"ק י'] מ"ש על קו' הראשונים על הגאונים שפסקו בטוען על חפץ של חבירו שמונח תחת ידו שמגיע לו כך וכך ויש לו מיגו דלריך לישבע שבועת המשנה, דדמי לנוטל מפני שאינו טוען על גופו של משכון, והקשו עליהם מברייתא דאומן דקתני נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל, מכלל דברישא דקתני בזמן שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה דנאמן בלא שבועה, ומביא בה תירולים של רבותינו הראשונים ותמה על כולם, וביותר תמוה תירולו של הר"ן שהתחיל שם לתרץ בדרך הפשוטה והנכונה [כתירולו של הש"ך] לפי שהאומן נאמן מהקנתא דרבנן בלא מיגו על עיקר הממון לפי שבעה"ב טרוד בפועליו וחשיב בעה"ב כטוען איני יודע, ובקלילה דינו כמחוך שאינו יכול לישבע משלם, דברייתא זו אתיא כר' יהודה שגם בקלילה חשיב כשוכח והיה לו ליטול בלא שבועה, רק כדי להפיס דעתו, ובכגון זה שמוחזק בטליתו והתחיל להתווכח עמו בדמי קלילה, הרי הוא כמפויים ועומד במחילה שיאמר החזרתי, וכתב שם דלמה לו להכניס בסברת עלמו, שכבר לא קשיא בדבריו שהתחיל בראשונה, דכיון דנאמן על הקלילה

הקלילה בלא מיגו לכן מהני המיגו לפוטרו משבוע' דתו לא שייך טעמם של הגאונים משום דלא עדיף מכל הנוטלין שאינם נאמנים בלא שבועה, דזהו כהנוטל ע"י מיגו, אבל היכא דנוטל בלא"ה ואין לריך למיגו רק לענין השבועה בלבד, פשיטא דמהני לפוטרו משבועה לדעת רוב הפוסקים [ור"ן בעצמו מכללם] דמהני מיגו לפוטרו משבועה, והוא תמיה רבה והשגה עלומה על הר"ן, והש"ך תירץ בזה גם קו' הראב"ד מרבה בר שרשום עי"ש:

איברא לקושטא דברי הר"ן ברורים ומלולים ובכוונה עזב מידו באשר החל ולא סיים גמר דבריו כמו שהחל וכתירולו של הש"ך, מפני שכבר נשמע מכללו דלכ"ע לא אמרינן מיגו במודה במקלת דאי בעי כפר הכל, משום דיכפור ביותר ולא ירויח רק לפוטרו משבועה, ואפי' שגם עתה חבירו מכיר בשקרו, ואפי' לרב ושמואל דסברי דמהני מיגו דהעזה לפמ"ש, אבל במודה במקלת גילה רחמנא דהוי מיגו דהעזה יתירה ולא מהני לפמ"ש כמ"ש תוס' שבועות [דף מ"ה:] בד"ה מתוך, הגם דלענין ממון מהני כמו בעיזי דאכלו חושלא [ב"ב דף ל"ו], דעהה מודה לו בעיזי גופייהו ומהימן במיגו דכפר בכולהו, [ועיין בסימן שלפנינו אות ח'] אבל לענין שבועה לכ"ע ל"א מיגו במודה במקלת:

ומעתה היאך יעלה לרפואת תעלה מיגו כזאת לגבי אומן שטוען במקלת דמי הטלית שתח"י לפוטרו משבועה במיגו דאי בעי כפר בכל הטלית, ובשגם שאללו גרוע כחו של מיגו ביותר ממודה במקלת דעלמא, שכפי טענתו אין חבירו מכיר בשקרו כל כך שיש לתלות בשכחה דבעה"ב:

אלא בע"כ צ"ל משום דביד האומן לומר הריני כשאר תובעים ואי איפשי בתק"ח שתקנו לטובתי, וא"כ הרי הוכרח למיגו זו לענין דמי הקלילה, שהרי לגבי ממון מהני מיגו כזו, וממילא פטור גם משבועה, והדרא הקו' לדעת הגאונים גבי משכון דמחייבי בשבועה בכה"ג, שהרי גם גבי אומן דמי לזה עין בעין במשקל אחד בלא מגרעת כלל, לכן הוכרח הר"ן לסיים דאין זה בגדר וסוג מיגו כלל, רק שע"י שמתירא הבעה"ב הוא כמפויים ועומד, ועיין:

ב **ולפ"ז** גם קו' הראב"ד מרבה בר שרשום [ב"ב דף ל"ג:] קמה כחומה נשגבה, שהרי התם נמי הוי כמודה במקלת במיגו דכופר הכל דלא מהני לפטורי משבועה, [והא שהקשו תוס' כתובות (דף פ"ז:) גבי פוגמת דלהימנוה במיגו דכ"ה, דהתם שאני דדמי לטוען דנרין. דנאמן במיגו דשתים דמסייע לו שטרא, ה"נ אילו לא פגמה מסייע לה שטרא]. איברא גבי רבה בר שרשום יש להעמיד תירולו של הש"ך לדעת הרא"ש גבי שבועת השותפים דמהני מיגו דהעזה לפמ"ש דבמיגו כל דהו אוקמו אדינא, וה"ה התם כיון דאיכא שטרא דמדינא דאורייי' נאמן בלא שבועה, אבל לדעת הר"ן בסוגיין דלא מהימן רק לגבי שכרו שלא בעדים והכו דלא לוסיף עלה קשיא מרבה בר שרשום, דהתם ג"כ דמי למודה במקלת במיגו דכ"ה, ועיין ש"ך [סי' ל"ג ס"ק ד']:

ועפ"ז מה שמסיים הש"ך [בס"ס פ"ט] דבכל הנשבעין ונוטלין ותפס מחבירו ויש לו מיגו דנאמן בלא שבועה. לפענד"נ דלמ"ד דבנוטלין מלד תקנתא דרבנן לחוד כגון נגזל ונחבל לא מהני מיגו כזו לפמ"ש, אלא אפי' בנוטלין דמדינא נוטלין בלא שבועה, לפום הכרעת רמ"א [בסי' ל"ג] גבי שבועת השותפין כר"ן דלא אמרינן בעלמא דבמיגו כל דהו אוקמוהו אדינא אפי' מהינו מעיז למעיז, מכ"ש במודה במקלת דגריע מיניה דלא מהני לפמ"ש, לדידן דפסקינן לדינא דגאונים גבי משכון, דלדעת רבינו הפרים בחולק עליהם פשיטא דמהני כשהפסו אפי' בנוטלין מתקנתא דרבנן ויש לו מיגו, שהרי יכול לומר הריני כשאר תובעין ואי איפשי בתקנת חכמים, ומהני מיגו לממון וממילא פטור גם משבועה. איברא בהומן כשחולקין על הפרעון לדידן נאמן בל"ש מטעם דתפוס ועומד:

ברם הרשב"א בחידושיו תירץ על הקו' הנ"ל גבי אומן כדעת הש"ך דהוי מיגו לפמ"ש, ול"ל לדעתו דס"ל כדעת הרא"ש בשבועת השותפין דבמיגו כל דהו אוקמו אדינא, הגם שאינו מעיקר דינא דאוריי' רק שלאחר תקנתא שעשאוהו כשוכר הדין מכריח ליטול בלא שבועה כקו' הש"ס וניתיב ליה בלא שבועה, הגם דל"מ רק כשטוען על הפרעון דהוי כודאי שוכר לרבנן, אבל בקלילה לר"י דאינו אלא כספק שוכר ס"ל שגם בזה דינו לאחר תקנתא כמשאי"ל דנוטל בלא שבועה, וגם בזה אמרינן דבמיגו כל דהו אוקמוהו אדינא, ולא מלאנו לו חבר בסברא זו:

ג **בתומים** [סי' פ"ט ס"ק י"ב] הקשה על רמב"ן בסוגיין שמתרץ להברייתא דקתני כל זמן שהטלית ביד האומן על בעל הבית להביא ראיה דנאמן בלא שבועה מדקתני נתנה לו וכו' דשאני אומן דקונה בשבח כלי יותר ממשכון דלא קני אלא לשיעבודיה, והקשה דא"כ בעבר זמנו נמי, דמידי הוא טעמא אלא משום דחזקה שלא יעבור בבל תלין, ולמ"ד דקונה בשבח כלי ליכא בל תלין, וזה כמה אמרתי לתרץ בפשטא ובזה ירווח לן קו' תוס' בסוגיין [דף מ"ו] ד"ה לא קללתי, שהקשו דא"כ עבר זמנו נמי שהרי שהה והרי עבר:

ונראה למה דנקטינן דלמ"ד דאומן קונה בשבח כלי לא קני אלא בשבחא שנשבחה הכלי על ידו, אבל לא בגוף הכלי [כמבואר בתרומת הדשן סי' ש"ט] ומבואר בש"ע [סי' פ"ג] דלעולם יד המלוה על עליונה הן בדמי פרעון והן במשכון להחזיק בו על חובו שירלה, ולפ"ז איירי הכא דשבח כלי אינו אלא דינר א', והאומן בידו לתפוס השבח שהשביח על הדינר שמכחישו [ועל הדינר שמודה תופס בגוף הכלי] כדי שיפטור משבועה. איברא כל זה כשנפל הטענה ביניהם בעודו תחת ידו, אבל כשמחזיר לו אזי מוטב לו שבשבח הכלי יהיה על הודאה, בכדי שיעבור בבל תלין על הדינר שמכחישו, ובכדי שירמי אנפשיה וידכור מחמת רתת דבל תלין:

ולפ"ז מיושב קו' תוס' לדברי רמב"ן הנ"ל דאתיא כמ"ד אומן קונה בשבח כלי, לכן אינו עובר על ההודאה דמסתמא דעתיה דאומן דשבחא יהיה על הודאה, כי היכי דליפוש אנפשיה על הכפירה משום איסור בל תלין:

ד **אחרי** חדשתי זאת זה שנים כבירים, ראיתי בקלה"ח [סימן ש"ו ס"ק ג'] שהחל קלת בדרך שכתבנו, אולם השיא בתוך הדיבור בדרך אחר, משום דס"ל שגם במשכון אינו עובר בבל תלין, לכן הוכרח שם עפ"י דברי ר"ן שכבר פרע לו הדינר שהודה, והוא פלא דגבי אומן כל זמן שלא גילה. אדעתיה דתפסו למשכון ולא בא לידו בתורת משכון לכ"ע אינו קונה משכון, אפי' לדעת דרכי משה באה"ע [סי' כ"ח] דאומן מסתמא תופס אשכרו וקונה משכון, זהו כשקידשה בשכרו, איפשר לומר דמעיקרא תפס ליה אשכרו או על דעת שתתקדשה לו, אבל כשראינו שהחזיר לה הכלי ולא תפסו הוכיח סופו לתחלתו דלא נחית אדעתא דהכי, ועוד שהרי לדעת הרשב"א והריטב"א והר"ן קידושין [דף מ"ח] כל שלא בא לידו בתורת משכון לא קנה משכון, רק היכא דתבעו ליה ותפיס ליה אאגריה, ול"מ מי שחולק ע"ז רק רבינו ירוחם לבד, תו לא יפלא בשגם הרמב"ן ס"ל כדעת רוב הפוסקים, ועוד שלדברי עלמו [בסי' ע"ב ס"ק כ"ו] מוכח ממ"ש בפלוגתא דרשב"ג ור"י הנשיא במשכון דלא שווי שיעור זוזי, דס"ל לר"י הנשיא דנקטי' לזכרון דברי', דבע"כ צ"ל אחת משתים או דבמשכנו בשעת הלואה לא קנה מדר' ילחק, ולדעת הפוסקים דקנה ליה בע"כ צ"ל דהיכא דלא נקטיה לגופיה רק לזכרון דברים לכ"ע לא קנה, והשתא היכא דלא הוה שיעור זוזי דמ"מ נטלו בשביל חובו כדי שלא יכפור הלה ולא תינשי מיניה ומלוה כיון דלא נקטיה לגופיה לא קנייה, מכל שכן גבי אומן דלא נטלו רק לעשות מלאכתו ולהרויח משכורתו, פשיטא דגרע עוד ממשכון דלא הוה שיעור זוזי, ואפי' לדעת רמ"א שם כשאמרה עשה לי שירים ונזמים ואקדש לך דמקודשת כשמחזירה לידה היינו משום דס"ל דסתם אומן תפיס ליה אאגריה לכן הוי כקידשה במשכון וס"ל דגם במשכון בשעת הלואה קונה משכון:

וראיתי [בסי' ע"ב] מה שכתב שם ויש בהם כמה דברים נחמדים, איברא כמה דברים שם נחמדים לפום רהיטא ורחוקים מן דעת המעיין, ובפרטם אחת לאחת אמ"ז, ומ"ש שם הנוגע לעניננו ומשיג על דעת הבית שמואל שמפרש לדעת רמ"א כפשטא וכמ"ש והשיג עליו כיון שעסקינן על דעת שתתקדש לא שייך בזה שקונה משכון, אתמהה הכי מחוייבת היא בתתקדש לו, כי יקח כתיב ולא שתלקח, והם לא תרלה להתקדש הכי אינה מחוייבת לשלם לו בעד שכר מלאכתו, והרי תופסו למשכון על שכרו, ובהם תרלה להתקדש א"כ תפטור משכרו כי זהו מחיר תשלומיו, ותפיס ליה למשכון על אחת משתים, הגע בעלמך באם ילוה לחבירו על משכון או שתשלם או שתשחק לפני ותיפטר, הכי נימא דבכה"ג ל"ק משכון:

ה **נלקטה** בקיל ריש דברי בעל קלה"ח [סי' ע"ב ס"ק כ"ג], ראשית דבריו ילא להקשות על רמ"א דפוסק באה"ע כדעת רבינו ירוחם דגם באומן שייך קנין משכון, וגם ס"ל דהיכא דאתי לידי' בתורת משכון אפי' היכא דלית ליה מיגו נאמן, דאין מוליאין ממלוה מספיקא דפלוגתא, א"כ הדרא קושי' הרשב"א לדוכתי' דא"כ היכא שהטלית

שהטלית ביד האומן אמאי אינו נאמן אלא במיגו כדאיתא שם בסוגי', ומתרץ שם ע"פ דעת רש"י ותוס' דכל זמן שלא החזיר לו טליתו עודנו לא נתחייב כלום ואפי' מלוה לא הוי, ובזה מתרץ נמי קושי' הראשונים דאם איתא שגם אומן קונה משכון למה צריכין לאהדורי בתר טעמא דלהכי דינו כשומר שכר משום דתפיס ליה אאגרי' תיפוק ליה דמשום קנין משכון נעשה שומר שכר :

ולפי ענ"ד לא נראה דהיכא שרוצה להחזיר לו טליתו רק שתובע שכרו דנימא דעודנו לא נעשה מלוה, כיון שמוכן בידו להחזירו לו שלו ושכרו הוא דקתבע, וע"כ לא קאמרי רש"י ותוס' אלא שמעכב האומן להחזיר לו ע"י סיבה אחרת כגון בעשה לי שירים ונזמים, ולא החזירם לידה בשעת קידושין, יהיה ע"י איזה סיבה שיהיה כל שאין העיכוב מחמת הבעה"ב, אזי נכונים הדברים דאפי' לר"מ דס"ל דמקודשת במלוה מ"מ כל כמה שלא החזירם לא נתחייבה, אכן היכא שמוכן להחזירם מיד רק שהעיכוב ע"י בעה"ב בשביל שכרו פשיטא דנעשה מלוה למפרע משעה שמוכן ורוצה להחזירם לידו :

והנראה לפענ"ד לפרק מעל רבינו רמ"א קושי' הרשב"א, דנאמינו לאומן בלא מיגו דידעינן דאתי לידי' אדעתא דאגרי' ודינו כמו במשכון דנאמן בלא מיגו משום דקני' ליה מדר' יצחק, דברייתא זו ר' יהודה היא דסבירא ליה שגם בקילה לא מידכר, ור' יהודה בע"כ סבירא ליה דבעל חוב לא קנה משכון בשעת הלואה, שהרי ס"ל הלוהו מעות שומר חנם. [איברא לדברי הר"ן קידושין פ' האיש מקדש דאומן כהלוהו פירות דמי וגם למ"ש לקמן (אות ו') דאומן כמשכון שלא בשעת הלואה דמי ליתא למה שכתבתי] :

גם מה שכתב הקצה"ח שם על קושי' שני' דל"ל לפרושי טעמא משום דתפיס אאגרי' ת"ל דהוי כמלוה על המשכון, ואידם שם דמידי הוא טעמא דמלוה עכ"מ גופא משום דבידו לקדש בו והנאה זו שוה פרוטה. אבל האומן אין בידו לקדש בשכר מלאכתו המגיע לו על הכלי דכל זמן דלא מחזירו לא נעשה מלוה ומנה אין כאן וכו', דגם רבינו ירוחם ורמ"א מיירי כשקידש בהם האשה שמגיע לו ממנה שכר מלאכתו דנעשה בשעה שמחזיר לה מלוה למפרע וקנוי בידו למפרע כדין משכון, משא"כ באשה דעלמא :

ולפענ"ד נראה ברור דלדעת רבינו ירוחם ורמ"א גם באשה דעלמא מקודשת כשקידשה בכלי בשכר מלאכתו שמגיע לו, שהרי קידשה אדעתא דהכי שתחזירו לבעלי' ותקבל ממנו שכר מלאכתו שמגיע לו, ואז הרי נעשה מלוה למפרע וקנין למפרע, וכשם שיכול לקדש בשם האשה בעלת החפץ דלאחר שיחזיר לה נעשה למפרע מלוה וקנין כאחד, הרי יכול להקנות כל כחו וזכותו לאחרים, וכשם דבידו לעשות מלוה וקנין למפרע כן הקנה זכות זה לאחרים, הגע בעצמך דאפי' במשכון לו שהוא על תנאי באם לא יפדה בתוך הזמן יקנה מעכשיו [בגוונא דלית ביה משום אסמכתא] הכי לא יכול לקדש בו תוך הזמן, ואח"כ כשהגיע הזמן ולא נפדה וקנוי בידו למפרע גם היא מקודשת למפרע, מכל שכן גבי אומן דבידו הוא שיקנה למפרע, וכן לאחר שקידשה הרי בידה שתקנה למפרע, והרי קידשה בזה שתחזירו לבעלים, ואז יקנו שניהם למפרע. ועוד שגם קודם שנודע לנו בבירור מ"מ טובת הנאה זו שוה פרוטה ומקודשת מיד בטובת הנאה דמזדבני בדינרי, ועי' ברמב"ם [פרק כ"ב מהלכות אישות הלכה ט"ו] ובמגיד משנה שם שמביא בשם הירושלמי דבעל שמכר בנכסי מלוג שאם תמות היא יהיה קנוי ללוקח, דלא קנה כלל מפני שבעל אין לו צד זכות בגופם רק לאחר שתמות, אע"ג דלאחר שתמות קנוי לבעל למפרע מצד תקנת אושא ודינו כלוקח ראשון, שאני התם דעיקר תקנת אושא מסורס בדין ירושתו לכן עיקרו מתחיל מדין ירושה, ולכשיהי' ראוי ליורשה מאז עשאוהו למפרע כלוקח. ועוד דהתם אינו בידו משא"כ גבי אומן [ולקמן בדיני שאלה ושכירה סי' פ"א אות ח' הארכנו בפרט זה] :

ובעיקר קושי' הראשונים הנ"ל שתסוב לדעת רמ"א דסא דהולך הש"ס לטעמא דתפיס ליה אאגרי' משום דבלא"ה אמרינן דסתם אומן לא נחית אדעתא דהכי, ואדרבה מזה נסתעף עיקר דינו שבמליא בדרכי משה דמסתמא תפיס ליה אשכרו, וממילא דינו כמלוה על המשכון, והוא דבשקלא וטריא דש"ס ב"מ [דף פ':] איכא שני תירוצים שם ולתירוץ בתרא דמחליף רבה בר אבוה ברייתא דשוכר לית ליה סברא זו דס"ל דסתם אומן לא נחית לכך, וס"ל לרשב"א וריטב"א ור"ן הנ"ל דסוגיא דהאיש מקדש דתלינן פלוגתא דר"מ ורבנן באומן קונה, ולא במלוה על המשכון דפליגי גם כן ר"מ ור"י, דלר"י דס"ל דהלוהו מעות שומר חנם בע"כ לית ליה דר' יצחק במשכון בשעת הלואה, ורבנן דר"מ בכ"ד הוא ר' יהודה [תוס' כתובות נ"ו ד"ה ואם], אלא משום דסוגיא זו קאי לתירוצא בתרא דש"ס ב"מ דמסתמא לא נחתי אדעתא דתפיס אשכרו. איברא רבינו רמ"א דנחית לדינא פסק כלישנא קמא, וטעמו ונימוקו עמו ע"פ המסורת בידינו דר"מ ור"י הלכה כר"י ואנן פסקינן דשוכר כשומר שכר, וגם אמרי' בעלמא דסתם מתניתין ר' מאיר וכיון דבע"כ לדידן ס"ל לר"י דשוכר כש"ש א"כ בע"כ צ"ל כתירוצא קמא כי היכי דתיתוקמי כר"מ דשאני אומן דתפיס ליה אשכרו, וכיון דאיתא לסברא זו מנ"ל דר"י פליג עליה דר"מ בזה. איברא למאן דמחליף לית לן כלל סברא זו, הגם דאפ"ל דגם לתירוצא קמא לא אמרינן דסתם אומן דרכו לתפוס אשכרו והוי כאילו גילה דעתו דתפיס אשכרו, רק דהוי כש"ש בהאי הנאה שיכול לתפוס. אבל רבינו ניחא ליה לפרש כפשטא, דאלת"ה במאי פליגי בלישנא בתרא, אלא ודאי דאי לאו דסתם אומן נחית אדעתא דהכי אפי' שומר שכר לא הוי, ובשביל דקשיא ליה לרמ"א דסוגיא שלימה דקידושין הנ"ל תיתי שלא אליבא דהלכתא כלישנא בתרא דלית לי' דסתם אומן נחית אדעתא דהכי, להכי מוקים לה בשכבר החזיר לה קודם שקידשה :

ועפ"י דברינו נפקותא רבה לדינא דבדבר דלא שייך כלל קנין בשבח כלי כגון בשליח שלא להביא כליו ממקום אחר וקידש אשה בחפצים [על שכרו המגיע לו] דלדעת הקצה"ח לכ"ע אינה מקודשת, ולדעתינו מקודשת לדעת רמ"א דפסק כרבינו ירוחם, וכתב בדרכי משה שהוא לכ"ע, דס"ל דרשב"א וריטב"א ור"ן לא כתבו דבעינן גילוי דעת דתפיס ליה אשכרו רק כדי לפרש השקלא וטריא דקידושין הנ"ל וכן הברייתא דאומן כל זמן שהטלית בידו דבלא מיגו לא מהימן כנ"ל. אבל לדינא איפשר דמודים בזה משום דפסקינן כלישנא קמא:

ולדברינו אנה מסולק מעל רבינו השגת הגאון החסיד מוהרא"ו זצוק"ל בספרו בביאור אבן העזר, דאיך איפשר לומר דסתם אומן הוי כגילה דעתו דתפיס ליה אשכרו, דא"כ בלישנא בתרא שם מתניתין דלא כר"י דס"ל דשוכר כשומר חנם, הרי בהלוהו פירות מודה ר"י דמלוה על המשכון שומר שכר והרי אומן כהלוהו פירות דמי, ולמה שכתבתי דמקור דינו של רמ"א נובע מלישנא קמא שם, ניחא שהרי ללישנא בתרא אפי' לר"מ לא הוי ש"ש בהאי הנאה דמצי תפיס לי' אשכרו, אלא משום דשוכר כש"ש, ואיך איפשר להוסיף ולומר דמסתמא הוי כגילה דעתו והוי כמלוה על המשכון :

ו ודע דמלשונו של רבינו רמ"א שם [סי' כ"ח סעיף ט"ו], וכן מלשון של רבינו ירוחם שמביא דין זה בשם רבו רבינו אשר"י, דאם קידש בשכרו לכ"ע מקודשת כשקידשה בשעה שמחזיר לה, משמע דהוי כמשכון שלא בשעת הלואה שהרי רבינו האשר"י ס"ל דבמשכון בשעת הלואה אינה מקודשת, וכן הרמ"א הביא בהג"ה דעתו להלכה, וכאן כתב דלכ"ע מקודשת, א"ו משום דתפיס ליה מעצמו דינו כמשכון שלא בשעת הלואה, ומשמע מזה דמי שהפקיד פקדון ביד חבירו, והלה תפיס ליה על חובו נידון כמשכון שלא בשעת הלואה. אבל לענין בל תלין אפי' להפוסקים דגם במשכון בשעה"ה קני' ליה מ"מ כיון שהחזיר לו האומן ולא תפיס ליה אשכרו, הרי הוכיח סופו על תחילתו דמעיקרא לא היה בדעתו לתופסו :

לכן מה שמסיים שם בעל קצה"ח [סי' ע"ב ס"ק כ"ג] דגבי אומן אם הבעלים נתנו לו משכון על שכרו שאינו עובר בבל תלין, אפי' כשהחזירו לו, לדעתי לא יצא מידי ספיקא דלהפוסקים דמשכון בשעת הלואה לא קני' ליה פשיטא דעובר בבל תלין :

וע"פ דברינו הנ"ל תו ליכא מדברי ר"ן בפרק האיש מקדש סתירה מוכרחת לדברי רבינו רמ"א הנ"ל, דז"ל שם דאמרו למ"ד ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף אינה מקודשת דהו"ל מקדש במלוה ואמאי לא והאיכא משכון גבי' דמלי תפיס ליה אאגרי' והמקדש במלוה שיש עליו משכון מקודשת, ותירץ דהאי משכון דקני לי' מדר' יצחק. אבל האי כיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידי' לא קני ליה, תדע דתנן בפ' האומנין כל האומנין שומרי שכר ואמרינן עלה דסתמא כר"מ ולא כר"י ואילו במלוה שיש עליו משכון מודה ר"י בהלוהו פירות דש"ש הוא ואומן כהלוהו פירות הוי וכו' [זהו שכתבנו לעיל באות ה'] ועוד דבפ' המקבל אמרינן דלמ"ד אין אומן קונה בשבח כלי עובר בבל תלין, ואילו היה קנוי כקנין משכון ודאי שלא היה עובר, אלמא דלא חשיב משכון דידי' עד דליתבעו מיני' ותפיס ליה אאגרי' כעובדא דמלוגא דשטרי עכ"ל הר"ן :

ולמעיין

ולמעיין היטב בדברי קדשו שכל אלו הראיות יסבו בלכתן על מ"ש בתחילה והאיכא משכון גבי' דמלי תפיס ליה אאגרי' הרי הם קנוים בידו, אזי תו ליכא פתרא לסוגי' זו גבי עשה לי שירים ונזמים דאמאי א"מ לכ"ע כיון דאומן כמשכון שלא בשעת הלואה הוי דהשתא ליכא למימר דאיירי כשכבר החזיר לה כמ"ש רמ"א, דכיון דקנוי בידו משום דמלי תפיס ליה תו לא נפקע קנינו ולא הורע כחו במה שהחזירן כיון שעל דעת שתשלם לו החזירם לידה, וכן במשכון שהחזירו ללוה על דעת שישלם לו לא נפקע קנינו שהרי לא נעשו מטלטלין אצל בניו, וכן מדברי רמ"א גופי' מוכח להדי' כן שהרי מוקי לסוגיא דעשה לי שירים ונזמים בשכבר החזיר לה, ואפ"ה למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי מקודשת, וכבר מבואר בדברי ר"ן בפ' כל הנשבעין דקנינו של משכון עדיף מקנינו של אומן, ולהכי כל ראיות הללו נשגבות המה למאי שהקדים הר"ן שם דל"א כיון דמלי תפיס ליה כלומר כיון דבידו לתפוש כבר קנויים בידו דא"כ אמאי אינה מקודשת אפי' בשכבר החזיר לה כיון דעל דעת לשלם לו החזירם לא נפקע קנינו, וגם אמאי עובר בב"ת כיון דלא נפקע קנינו כמו למ"ד דאומן קונה בשבח כלי דאינו עובר אפי' בשכבר החזירם משום דבחזרתו לא נפקע קנינו ועודם קנוים בידו. אבל רבינו רמ"א כבר העלה ארוכה לפלעים האלו דלאו משום דמלי תפיס ליה אלא משום דסתם אומן דעתו למיתפס אשכרו, לכן בשכבר החזירם דחזינן להדיא שילא מן הכלל, והוכיח סופו על תחילתו שלא עלה במחשבתו לתפוס אשכרו ולא היו קנוים בידו תו ל"ק ליה מידי מעולם. אבל כשקידשה בשעה שמחזירם עודנו לא יצא מן הכלל:

ולפ"ז נכונים הדברים בעצמותן ואין אנו צריכין לטעמו של בעל קצה"ח דלהכי למ"ד אומן קונה בשבח כלי אינו עובר בבל תלין דדמי כאילו כבר פרע לו וחזר והלוה לו, וכן גבי משכון דלטעמי' הא אינה לענין ב"ת אבל אמאי מקודשת בשכבר החזיר לה, כדמוכח להדיא מרמ"א דמוקים לפלוגתייהו בשכבר החזיר לה טרם שקידשה, אלא משום דעודנו לא נפקע קנינו:

ז **ולפ"ז** תו לא קשה על הרמ"א מכל קושיו' הנ"ל, לבד קושיית הרשב"א מברייתא דכל זמן שהטלית ביד האומן על בעל הבית להביא ראי' משום דנאמן במיגו כדאיתא ב"ב [דף מ"ה], דמאי שכתבנו לעיל [באות ה'] ליתא שהרי אומן כהלוהו פירות דמי, ועוד דאומן דמי למשכון שלא בשעת הלואה וכמש"ל [באות ו'] ואיפשר לאוקי דסוגיא זו קאי לתירוצא בתרא בב"מ דל"ל סברא זו וכמש"ל, ועוד אפ"ל דבל"ז נ"ל לדעת הש"ך [סי' ע"ב ס"ק נ"א] דכל היכא דאינו מחויב לישבע שבועת המשנה אמרינן מיגו אפי' חוץ לב"ד והכא גבי אומן דנאמן בלא שבועה [מדקתני נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל יהיה מאיזה טעם שיהיה], הא דקתני כל זמן שהטלית ביד אומן אין הכוונה דעודנו בידו כשעומד לדין, אלא שנפלו הטענות שביניהם כשהיה בידו אפי' חוץ לב"ד לפני עדים והחזירו לבעל הבית מיד אפ"ה נאמן במיגו, וסיפא דקתני נתנה לו כשנפלו הטענות שביניהם לאחר שהחזירה ליד בעה"ב, ובין ברישא ובין בסיפא כבר החזירה ליד בעל הבית, וכל זמן שהטלית ביד האומן על הטענות קאי, וכיון שכן תו לא קשה, שגם בלא מיגו נמי משום דקנוי בידו, דכיון שהחזירו ולא תפיס אשכרו הוכיח סופו על תחילתו שלא היו קנוים לו מעולם, ולא עלה על דעתו לתפוס על שכרו וכמש"ל:

וא"ל דאכתי מנ"ל לש"ס ב"ב להקשות על רבה דילמא לעולם באומן לית ליה מיגו והא דנאמן כל זמן שהטלית בידו דהיינו שעודנה בידו בשעה שתבעו לפני ב"ד, ומשום שאין לך גילוי דעת יותר מזה, ויש לו קנין בגופה, ורק בתר השתא הוא דאזלינן, ולא משגחינן על מה שטענו כבר היכא דהשתא ליתא בידו, ויש לומר דמסתמא רישא כגוונא דסיפא מיירי דקתני עבר זמנו המוציא מחבירו עליו הראיה דזהו כשתחילת הטענות היו כשעבר זמנו, אבל היכא שכבר טענו בזמנו דהיינו בסוף הזמן ובעה"ב טען שלא קצץ אלא אחד וגם השתא עומד בטענתו, אזי אפי' כשעבר זמנו נשבע ונוטל [לדעת בעל המאור שם נאמן לעולם בשבועה, דבתר טענה ראשונה מסרך סריך, ולשאר פוסקים נותנין לו יום א' לאחר זמנו כנגד יום התביעה], וכשם דבסיפא לא אזלינן בתר השתא לחוד, רק בתר הזמן שהתחילו לטעון, ועיקר חילוק הדינים דקתני על תחילת הטענה קאי, והיינו דדווקא היכא שהתחילו לטעון אז, ואזי הוא דאמרינן עבר זמנו המע"ה ה"ה ברישא דכל זמן שהטלית בידו, היינו דוקא היכא שהתחילו לטעון בשעה שבידו, אע"ג שכבר החזירה לידו קודם שבאו לב"ד, וכמו בנתנה לו דסיפא דקתני בזמנו נשבע ונוטל דקאי על תחילת טענותיהם כשהיו בזמנו אע"ג דאח"כ באו לפנינו לאחר זמנו, ומזה מוכח ממילא דמשום מיגו הוא ולא משום קנינו בגופו וכמש"ל ועיין:

ח **איברא** עודנו קשיא קושי' עצומה על הרמ"א דמוקים לה לסוגיא דעשה לי שירים ונזמים כשכבר החזיר לידה עד שלא קידשה, דא"כ לאוקימתא דפליגי בישנה לשכירות מתחילה ועד סוף דר' מאיר סובר אינה לשכירות אלא לבסוף ולהכי מקודשת, דתרווייהו המלוה והקידושין בהדי הדדי קאתו, ואי בשכבר החזיר לה קודם שקידשה, א"כ גם לר' מאיר הוי ליה מלוה, ובב"ש [כ"ח ס"ק נ"פ] הניח בתימה קושיא זו:

וזה בימי חורפי ישבתי על נכון בפשטא ע"פ דברי רשב"א קידושין שם וז"ל מר סבר אינה לשכירות אלא בסוף, ומר סבר ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, כלומר וכל פורתא ופורתא הוי מלוה עלי' וכי מצטרף לפרוטה מלוה היא והמקדש במלוה אינה מקודשת, וקשי' לי ומ"ש מהתקדשי לי בזו ובזו והיתה אוכלת ראשונה ראשונה שאע"פ שאין באחת מהן ש"פ מקודשת דכי מתאכלי ברשותה קא מתאכלי דהכא נמי שכירות זה לא ניתן לחזרה ופורתא פורתא כי אתי זכיא בי' איהי בתורת קידושין וכי מצו לפרוטה א"כ לכשנגמר הכלי מקודשת דהאי שכירות לא למלוה דמי כדאמרן, וי"ל דהתקדשי לי בזו שאני הואיל ואיתנהו כולהו קמן מונח והולך הוא, אבל שכירות דבשעה דאיתא להאי פורתא ליתא להאי ולא אתי להאי עד דאזיל ליה אידך לא חזו לאצטרופי כלל והלכך א"מ, אבל אי סבירא לן דאינה לשכירות אלא בסוף כולא אגרא בבת אחת אתי והלכך מקודשת כנ"ל עכ"ל הרשב"א:

ולפ"ז תו ל"ק דכיון שנעשה מלוה בפעם אחד ואז ראוי' להתקדש בהם, א"כ הרי נעשה מלוה זו על דעת שתתקדש בהם, ודמי לקידשה לאחר ל' יום דמקודשת אע"פ שנתאכלו קודם לזה, מפני שמלוה זו נעשה על דעת שתתקדש בהם דאע"פ שצריך לקדשה מחדש לאחר שעשאן כמ"ש בב"ש [שם ס"ק ל"ח], מ"מ לא דמי להתקדשי לי בזו ובזו ואכלתן טרם שגמר לקדשה, דאינן מצטרפין לפי שכבר נעשו מלוה, דהתם בידו לגמור מיד, לכן כשלא גמר נעשין מלוה ודמי למלוה שלפני הקידושין, משא"כ הכא שכבר עשה כל מה שבידו, שכבר אמר וקידשה בשכר מלאכה רק שהדין גורם שצריך לקדשה מחדש, כל כה"ג כמלוה שלאחר קידושין דנינן לה, ואם הוא חוזר אח"כ ואינו רוצה לקדשה והיא רוצה, אינה צריכה לשלם לו בעד שכר מלאכתו כלום כמו בקידשה לאחר ל' יום שאם הוא חוזר אין צריכה לשלם לו כלום ובזה חלוק ממלוה כמ"ש ר"ן שם:

ובספר תפארת ירושלים סוף מס' ב"ק ימצא המעיין מה שייך עוד לדינים אלו:

סימן סא

א **בטור** [סוף סי' נ'] מביא דברי הרמב"ם [פרק ה' מהלכות חובל ומזיק הלכה ו'] וז"ל אבל אם לא היו שם עדים כלל הוא אומר חבלת בי והודה מעצמו פטור מן הנזק ומן הצער וחייב בשבת ובבושת ובריפוי ע"פ עצמו עכ"ל, ועיין ברשב"ד שהשיג עליו, והכ"מ שם תמה עליו מסוגי' דב"ק [דף ד':] דקחשיב ר' אושעיא י"ג אבות נזיקין והם חמשה אלו ומקשינן ר' אושעיא אמאי לא תני הני דר' חייא ואמר בממונה קמיירי בקנסא לא קמיירי, נראה שכל אלו הדברים ממון, וכן איתא בריש פרק החובל אדם באדם ואדם בשור דממונא הוא ליעבד שליחותייהו, וכן הקשו מסוגי' דכתובות [דף מ"א] דמשלם בשת ופגם ע"פ עצמו ופגם היינו נזק, ועיין ברמב"ם [פרק ב' מהלכות נערה בתולה] דפסק בעצמו דמשלם בושת ופגם ע"פ עצמו, ועיין בכ"מ שם שהניח דברי הרמב"ם בצ"ע, ולפענ"ד נראה לתרץ דברי הרמב"ם ולהקל מעליו עול הקושיות מסוגיות הש"ס הנ"ל, והוא דהרמב"ם נקיט האי כללא בידי' דכל היכא דהוי התשלומין קצובין שלא לפחות מהם אזי נדונין כקנס כמו שפירש רש"י במס' כתובות [דף מ"א ע"א ד"ה אינו משלם] וז"ל דקנס ניהו שאפי' אין יפה דינר נותן שלשים עכ"ל עיי"ש, וא"כ גבי נזק דאדם שחסרו אחד מאיבריו דהוי דינו קצוב לשום אותו כעבד אע"פ שאינו שוה כל כך דלא היה יכול למכור עצמו כעבד לעולם אע"פ כן אין פוחתין הימנו ומש"ה נקט דהוי קנס ואינו משלם ע"פ עצמו וע"כ

וע"כ נ"ל דמטעם קנס הוא שהחמירה עליו התורה לשלם כל כך דהא חזינן היכא דיגיע לו ריוח משומא זו כגון במי שנוקב מרגליות וקצץ לו ידו דצריך לשלם לו שיעור נזקו דשמין אותו כעבד נוקב מרגליות הנמכר בשוק ואין שמין אותו כעבד סתמא כמ"ש הרא"ש בפ' החובל [סי' ד'], והיכא שקצץ לו רגלו של נוקב מרגליות אע"פ שבודאי אינו עומד לימכר בעבד דהא הוא עדיין ראוי למלאכתו ואעפ"כ שמין אותו כעבד הנמכר לכל התשמישים ונמצא שעדיף עוד בתשלומיו גם משלשים של עבד, דגם בשוה מאה סלע אינו נותן לו רק שלשים ובודאי דהוי מטעם קנס, וצער נמי ס"ל להרמב"ם דאינו בגדר תשלומין מן הדין כיון דמשלם לו כל היזיקו רק מטעם קנס הוא דמחייבינן ליה לשלם צערו, וראי' מגונב על מנת למיקט דאינו משלם את הכפל, והסוגיא דב"ק נוכל לומר דמיירי בכגון שלא חסרו רק במלאכתו וסופו לחזור דאזי תשלומי נזקו הן דמי שבת גדולה דלא שיימינן ליה כי אם לכל אחד ואחד כפי מה שהוא מתבטל ממלאכתו שהיה רגיל בה כמבואר בהחובל שם וזה הוי ממון, וזהו כוונת הש"ס שם דנקט נזק דממונא הוא וצער נמי משכחת לה דהוי ממון כגון היכא שנהנה הוא ע"י צערו של חבירו כמ"ש לקמן. והשתא מתיישב ממילא הא דפסק הרמב"ם [בהלכות נערה בתולה] דמשלם פגם ע"פ עצמו אע"ג דפגם היינו נזק משום דהאי פגם דמסקינן שם בכתובות [דף מ':] דשיימינן לה כשפחה הנמכרת בשוק להשיאה לעבדו, ועי' רש"י שם ד"ה למנוול וז"ל דכיון דבידו ליטול ממון לפוגמה ולביישה בושה זו השתא אפסדי' האי דפגמה עכ"ל. חזינן שפיר דלאו מגדר קנס הוא דמחייבינן ליה רק הואיל והפסידו ממון שהיה ראוי לו ליטול בכך, וצער נמי דמחייבינן ליה התם ע"פ עצמו י"ל דמשום דנהנה ע"י צערה חשיב שפיר ממון ולא מגדר קנס הוא דמחייבינן ליה רק דמי הנאתו הוא שמשלם, וקצת ראי' יש לזה מדברי תוס' כתובות [דף ל':] ד"ה לא צריכה עיי"ש וז"ל ואפי' אי זה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ כיון דשוין כל שהו אזי מחויב בכל כמו שהיה שוה מעיקרא פרוטה או יותר עכ"ל. אלמא אע"ג דפחות משוה פרוטה אין בו דין ממון כלל בכל התורה, אפ"ה היכא דנהנה ע"י כן מחוייב לשלם כל הנאתו:

סימן סב

ליקוטי חידושים מאאמו"ר המחבר זצללה"ה

[על סוגיא **תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים**.

ועל סוגיא **דמעמד שלשתן**. במס' גיטין דף י"א י"ב י"ג].

א **דברי** הרי"ף בסוגיין התמוהים מאד, כאשר כבר תמהו עליו רבותינו הראשונים נ"ע. במה שחידש דגם לדידן דפסקינן כרבנן דשיחרור הוי זכות, אפ"ה לא מהני, אלא שאינו יכול לחזור בו. אבל לא נפיק לחירות עד דמטא לידי', ומביא ראי' לזה וז"ל ואשכחן זכיי' כי האי גוונא, כדאמרינן לקמן הולך מנה לפלוני שאני חייב לו, אמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר עכ"ל הרי"ף. וכתב עליו הר"ן ז"ל וז"ל אין ענין זה דומה לנידון זה כלל, דהתם ודאי דינא הוא דלא מיפטר לוה מיניה דמלוה עד שיגיע ממון לידו, דאי אמרינן מיפטר, חוב הוא לו. אבל הכא כיון דזכות הוא לעבד, כשנתנו לשליח ואמר לו תן, הרי הוא כאילו קבלו העבד עכ"ל הר"ן, גם בעיקר דינא שחידש, צווחו ע"ז הר"ן והרמב"ן במלחמות וכל הראשונים ז"ל, מסוגיא ערוכה בקידושין [דף כ"ג] דמוקמינן למתני' שם כר' שמעון בן אלעזר דשטר ע"י אחרים ולא ע"י עצמו, משום דגמר לה לה מאשה, מה אשה עד שיוצא גט לרשות שאינו שלו, אף עבד עד שיוצא לרשות שאינו שלו, ואם איתא דזכי' דעבד לא מהני רק לענין חזרה אבל לא נפיק לחירות עד דמטא גט שיחרור ליד העבד, הרי עודנו רשות שלו הוא:

ונראה בדעת רבינו הגדול הרי"ף ז"ל דס"ל כיון דבגט שיחרור אית ביה צד חובה כרוך בעקבי הזכות, דהיינו מפני שאסרו בשפחה ועבדא בהפקירא ניחא ליה, אמרינן באמת שזכה לו רק לעיקר הזכות דידי', דהיינו קנין ממון שהיה לרבו בקנין הגוף דידי'. אבל צד קנין איסור שבו לא זכה לנפשו עד דמטא לידו, והכריחו לזה קושיית תוס' גיטין [דף י"ג] בד"ה עבדא בהפקירא ניחא ליה שכתבו שם וז"ל והא דקאמר התם [כתובות י"א] והא קי"ל עבדא בהפקירא ניחא ליה, מנלן, והא רבנן פליגי אר' מאיר ולית להו בהפקירא נ"ל ע"ש, ולהרי"ף ז"ל לא הספיק תירוץ התוס' שם דרבנן סברי דגדול זכות של שיחרור משל הפקר, משום דסבירא ליה דבעינן זכות גמור בלא עירוב צד חובה בזה, משום האי טעמא ס"ל לרבינו אלפסי ז"ל דבאמת לא זכה בעדו רק צד הזכות לחוד, ומשום שהרב רצה בשיחרור שלם שיהיה ישראל גמור ולא שיקנה בקנין ממון לבד [דאל"כ למה צריך לשחררו הרי איפשר לו להפקירו], אמרינן דשיורי קא משייר לי' בזכי' זו עד דמטא לידי' ואז נגמר השיחרור לגמרי, שאז יזכה העבד בקנין הגוף עצמו, ומש"ה כשמת האדון ועודנו לא מטא לידי' ואזי לא נגמר השיור עד תומו, הרי הוא עבד לגמרי וכאילו לא זיכה לו כלל, [וכעין סברא זו מצינן בתוס' ב"מ (דף כ') בד"ה שובר, דאפי' לאביי ל"א עדיו בחתומיו זכין לו גבי שיחרור לענין קנין איסור שבו כלל רק לקנין ממון מצד תקנת חז"ל, וגם לקנין ממון דוקא היכא דמטא לידי' אח"כ כדאי' שם], והראי' שהביא מהולך מנה לפלוני שאני חייב לו, דאמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר והכי פסקינן [הכי אודא ראייתו], אע"ג דס"ל לרב בסנהדרין [דף ע"ב] גבי הבא במחתרת דאפי' איתא בעינייהו פטור מטעמא דאמרינן שם, דהא יש לו דמים ונקנו חייב אלמא ברשותי' קיימא ה"נ ברשותי' קיימא, ועיי"ש היטב בפי' רש"י [ובחידושי הר"ן], תוכן הדברים דרב ס"ל דגדר שלו מיתלא תלוי באם עומד ברשותו גם לענין יוקרא וזולא וכל האחריות, אזי נשלם גדרו ונקרא שלו ועומד ברשותו, והא דגזלן מחויב להחזיר גוף הגזילה כשהוא בעין, הוא ג"כ מצד חיוב תשלומין דרחמנא רמי עליה, מפני שצריך לשלם ממיטב היכא דליתא בעינא, שכל כ"ד אבות נזיקין הוקשו למיטב [ע"ש ב"ק ד:] לכן היכא דאיתא בעינא אין לך מיטב יותר מזה, שאדם רוצה בקב שלו וכו'. או מפני שיקיים העשה דוהשיב שמנתק הלאו שעבר, אך צריכין להבין היאך יתורץ לרב קושיית רבא שם משואל, הכי נעלם חלילה מרב פרשה שלימה דכתיבא בשואל שחייב באונסין, ואעפ"כ עומד ברשות בעלים לכ"ד, והכי ס"ל לרב בהדי', עיין ב"ק [דף י"א] אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן ולא לניזקין ואני אומר אף לשואל ואבא מודה לי, ועיי"ש במסקנא דס"ל לרב דגם לשואל שמין, ומבואר שם בתוס' ד"ה אין שמין וז"ל וה"ט דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים, אבל מזיק לא נתחייב אלא כמו שהזיק וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציאו מיד בעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל, ונמצא תמצית דבריהם סובבים והולכים ג"כ על משקל זה דגדר שלו מיתלא תליא בחיוב אחריותו, וכיון דלמסקנא ס"ל לרב דאף לשואל שמין לא מפני דמסלקינן סברא זו לגמרי, רק דבע"כ צריכין לחלק בין גנב וגזלן לשואל, דשאני גזלן שעומד ברשותו לכל אחריותו ואפי' לענין יוקרא וזולא ג"כ עומד ברשותו, דהיכא דליתא בעינא צריך לשלם כדמעיקרא כשעת הגזילה, משא"כ בשואל דיש לו מיתה צד פטור כגון במתה מחמת מלאכה לכן אינו עומד ברשותו לענין יוקרא וזולא, שהרי כל השומרין אינם משלמין אלא כשווין בשעה שנאבדו מן העולם, ויוקרא וזולא הוא סוג וכללא שע"י זה נכנס בשמא דשלו לכל דבר אפי' לקולא לענין איסורין, כדאיתא ביבמות [דף ס"ו:] ותסברא נהי נמי דמחוייב בגניבה ואבידה ובאונסי' בכחשי' ובפחת' דמי' מי מיחייב הא לא דמי אלא לשפחה ישראל שנשא פרה וכו' אבל כהן שנשא פרה וכו' יאכילנה כרשיני תרומה, ולמעיין שם נראה להדיא דהא דנקט גניבה ואבידה ואונסין הוא לאו דוקא, שהרי אפי' בשואל נמי דינא הכי, דישראל ששאל מכהן מותר להאכילה בתרומה, ולהיפוך אסור [כמבואר ברשב"א שם], רק דעיקר תלי' בין היכא שעומד ברשותו גם לענין יוקרא וזולא הוא דנכנס בגדר בעלים ושלו לכ"ד, ומש"ה כהן שנשא פרה מישראל רשאי לכתחילה להאכילה בתרומה:

נמצא לפ"ז גבי הלוואה דעומד ברשות הלוה לכ"ד מדאורייתא. רק משום איסור רבית דרבנן הוא דאמרינן בהלוה לו סאה חיטין הוקרו נותן לו דמיהם הוזלו נותן חטים [בבא מציעא (דף ע"ה) ועיין בתוס' ב"ק (דף צ"ז) ד"ה המלוה שמחלקין בין הלואה לגזילה, הכוונה ג"כ מחמת איסור דרבנן], אבל מצד עיקר החיוב ס"ל לרבינו האלפסי ז"ל שגם בהלואה הוא ברשותו לענין יוקרא וזולא, ורב לטעמיה

לטעמי' דס"ל בסנהדרין דגדרו דשלו מיתלא תלי' בחיוב אחריותו, ואפ"ה ס"ל לרב בהולך מנה לפלוני שהממון הוא של המלוה והלוה עודנו מחויב באחריותן, הרי להדי' דאע"ג דרב ס"ל דתרווייהו מקושרין ומדובקים יחד בכל מילי בהמתא, הפ"ה אמרינן היכא שזיכה לו ע"י אחרים, בכדי שלא יתבטל הזכי' לגמרי מפרידין בין הדבקים, ואמרינן שלא זכה בהו אלא לענין הזכות שבו, דהיינו שיהיה גוף הממון של המלוה ולא לאחריותן, ה"ה נמי בשחרור אע"ג דתרווייהו מקושרים בהדי הדדי, דהיינו קנין האיסור וקנין ממון שבו, מ"מ כי היכי שלא יתבטל הזכי' לגמרי מפני לד חוב שבו דעבדא בהפקירא ניחא ליה מחלקינן לשתי קלוות, ואמרינן דלענין קנין עבדות עלמו הוא דזכין לו לאלתר, ולענין לד איסור עד דמטא לידיה :

ולפ"ז מתורץ היטב קושיית הראשונים שהרעישו על רבינו האלפסי בעיקר הלכה' שהביא לדבריו [גם קושייתם ממזכה גט לאשתו במקום יבם, ומרים פרק האומר בגיטין, יתיישב ע"פ הנ"ל, בטעמו של הרי"ף ז"ל, דהרי"ף לא כתב רק גבי שחרור ומטעם האמור לעיל, ובמק"א יתבאר אי"ה], גם קושייתם העצומה מר' שמעון בן אלעזר [קידושין דף כ"ג] מתורץ היטב, כיון דקנין ממון שבו כבר נפקע ע"י זכי' שזכה לו בעדו, ונמלא בעת דמטא לידו כבר נפקע למפרע כל קנין ממון של הרב ויולא השטר שחרור לרשות שאינו שלו דומי' דגט אשה :

[ועל קושיית הר"ן ממשנה דפ"ח דתרומות עובל לארץ דרבינו אלפסי ז"ל ס"ל כתירוץ הראשון בתוס' גיטין (דף מ"ב ע"ב) ד"ה מעוכב, דמעוכב גט שיחרור אינו אוכל בתרומה אליבא דידן. ואע"ג שהוא איבעי' דלא איפשטא התם מ"מ איפשר לומר דזהו דוקא בחצי עבד וחצי בן חורין שגם קנין ממון שבו לא נפקע רק מצד התקנה (כמ"ש תוס' שם), משא"כ ע"י זכי' דאחרים שקנין ממון נפקע מדאורייתא, (הגם שאינו מוכרח מ"מ בכדי ליישב דברי קדשו של רבינו האלפסי ז"ל איפשר לומר כן), גם בלא"ז אפ"ל כיון דמ"מ ספיקא הוא ותשלומי דידי' כפרה כמ"ש תוס' פרק אלו נערות (דף ל' ע"ב) תד"ה זר, והא דקתני משלם משום דכייל להו בהדי אשה דמת בעלה דאזי נריכה לשלם מצד הדין, והר"ן ס"ל כתירוץ השני דתוס' שם דהיכא דמותר בשפחה אוכל בתרומה, מש"ה שפיר קשי' ליה כיון דלא זכה לו לקנין איסור בהו ועודנו מותר בשפחה שוב אין נריך לשלם גם מצד ספק שהרי מותר לכתחילה לאכול בתרומה] :

[ובהאי ענינא שמעתי מאאמו"ר המחבר זצללה"ה, מה
שאמר בימי חורפו, בישוב קושיית רב גדול א',
ולאשר כי הדברים נוגעים לסוגיין, ע"כ הצגתים הנה].

ב **בש"ס** גיטין [דף מ'] אמר אמימר המפקיר עבדו ומת הוא אותו העבד אין לו תקנה. מ"ט גופו לא קני ליה איסורא הוא דאיכא גביה ואיסורא לברי' לא מוריש [ועיין רש"י שם], וידי"נ הרב הגאון וכו' מוה' זאב וואלף זצ"ל אבד"ק לאסק, הקשה לי דמבואר בש"ס כתובות [דף פ"ה:] אמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפי' יורש מוחל, והרבה טעמים נאמרו על דינא דשמואל, ושיטת הר"ת בזה משום דכל מלוה יש לו שני שיעבודים על הלוה, שיעבוד הגוף ושיעבוד על נכסיו אם הוא לא יפרע, מדין ערב, ושיעבוד הגוף לאו בר מכירה הוא. ואינו נמכר אלא שיעבוד נכסים בלבד, הלכך כשחזר ומחל ונפקע שיעבוד הגוף מחמת המלוה, ממילא פקע שיעבוד הנכסים שאין לו אלא מדין ערב. דהמלוה את חבירו לא יתבע מן הערב תחילה עכ"ד, ושם [דף פ"ו] איתא אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא מן המוחלו, ומרהיטת הש"ס נראה דאמימר סובר גם בזה כשמואל דאפילו יורש מוחל, [ועיין רשב"א גיטין דף י"ג: ע"ש], ולשיטת הר"ת קשה, אמאי, הא שיעבוד הגוף שיש לו למלוה על הלוה אחר שמכר השט"ח דומה במישור לקנין איסור שיש להרב על העבד, דבעבורו אסור בבת חורין, וכמו כן הלוה נשתעבד בעבורו לשלם ללוקח שקנה השט"ח, וא"כ כמו דאמר אמימר דאיסורא לא מלי מוריש, ה"ה דשיעבוד הגוף לא מלי מוריש, ולמה יוכל היורש למחול לאמימר, הלא לדידיה לא זכה היורש בשיעבוד הגוף כלל, [וזה לא קשה דגם בלא מחילת היורש יפטר הלוה דמיד שמת נפקע שיעבוד הגוף דמבואר בר"ן כתובות שם דזה דווקא היכא שנפקע מחמת המלוה או ע"י יורשיו] :

והשיבותיו, דגבי מוכר שט"ח ישנו בשיעבוד הגוף שנשאר להמלוה גם זכות ממון, דכיון דעל ידו מלי מחיל בוודאי

ירלה אותו הלוה ברלי כסף שימחול לו, ומש"ה מלי מוריש לברי' גם לאמימר, כיון דגם זכות ממון יש לו בגוויה, משא"כ במפקיר את עבדו, דהנה רש"י ותוס' פליגי במעוכב גט שיחרור אם מותר בשפחה או לא, עיין תוס' גיטין שם ד"ה אותו, ולא מיבעיא לדעת רש"י דאסור בשפחה ובבת חורין א"כ כופין את הרב לשחררו כמו בחצי עבד וחצי בן חורין דמבואר במשנה דלקמן [מ"א] דכופין את הרב לשחררו, לכן לא יתן לו מאומה, [וא"ל ליתן לו שטר על דמיו, דדווקא בח"ע וחצי ב"ח דלמשנה ראשונה עובד את רבו יום אחד, רק דלמשנה אחרונה מעשה ידיו לעלמו הוא משום כפייה, דהרי בקטנים דלאו בני כפייה ניהו יום של רבו לרבו, כמ"ש תוס' לקמן (מ"ב ע"ב), לכן היכא דכופין נריך ליתן שטר על דמיו בשביל הפסד מעשה ידיו, משא"כ בהפקיר עבדו דמיד דהפקירו אין לו במע"י כלום], וגם לשיטת התוס' דמותר בשפחה, מ"מ הלא גם רבנן דר"מ [גיטין דף י"ב:] דסבירא להו [והכי קי"ל] דזכות הוא לעבד שיולא מתח"י רבו לחירות, סוברים ג"כ דעבדא בהפקירא ניחא ליה רק דסברי דגדול הוא לו זכות של שיחרור, שא"ל לעבוד את רבו, משל הפקירו, כמ"ש תוס' שם [י"ג.] ד"ה עבדא, אבל במפקיר את עבדו דע"י הפקירו א"ל לעבוד אללו עוד, בוודאי ניחא ליה שלא ישחררו ויהא מותר בשפחה דעבדא בהפקירא ניחא ליה, ופשיטא דלא יתן העבד להאדון כלל בעבור השיחרור, נמלא דלא נשאר להאדון שום לד זכות ממון, רק קנין איסור בלבד, לכן אמר אמימר דלא מלי מוריש לבריה, והוטב הדבר מאד בעיני הרב הנ"ל. [ועיין בשעה"מ פ"ב מהלכות חגיגה שהביא בשם רי"ו דגם לשיטת התוס' כופין, וכתב שם דבכה"ג תליא בבחירת העבד, ליסא שפחה, או שיכפו את רבו, א"כ בכל אופי לא נריך העבד לרצות להאדון, וגם מה שתמה שם ע"ד הב"י אהע"ז סי' ד' דמפקיר עבדו מותר בב"ח מהא דאמימר] :

ג **המגיד משנה** [פ' כ' מהלכות מלוה ולוה הלכה ב'] כתב על דינו של הרמב"ם שם בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דאם אמר לו הלוה זכה בחפץ זה לפלוני זכה לו ואין אחד מבע"ח יכולין לגבות מאלו המטלטלין, והביא ראיות לזה וז"ל, כבר נתבאר [פי"ו] שאם ראובן חייב לשמעון מנה, ואמר ללוי הולך לשמעון מנה זה שאני חייב לו, שאם בא ראובן לחזור אינו חוזר אלמא זכה לו, וכיון שהוא אינו יכול לחזור בו, ודאי אין שאר בע"ח יכולים לגבות ממנו, וכן מבואר בפ"ק דגיטין גבי הא דתופס לבע"ח דכל היכא דלוה אמר תנו זכה עכ"ל המ"מ, וראיותיו תמוהים, דבהולך מנה אינו חב לאחרים כלל, ומש"ה אינו יכול לחזור, אבל היכא דחב לאחרים נוכל לומר דגם הוא יכול לחזור, גם מהסיפא דהאומר תנו ליכא ראיה, דהא כל החוב איננו רק לבעלים וכשהבעלים נתרלו מי מעכב בזה, וכן עמדו בזה רבותינו האחרונים, סלא"מ, והקלה"ח [סי' ק"ה] :

ונראה לפענ"ד בכוונת דברי המ"מ, בראייתו הראשונה, דעיקר ראייתו לא על חב לאחרים קאי, רק בא לדון בעיקר דינא דזכין לאדם שלא בפניו, איך מתהווה קנינו ע"פ סוגי הדת, ומפרש דברי הרמב"ם בהא דאמר לו זכה בחפץ זה לפלוני, הכוונה לאינש דעלמא שאינו בעל הממון, והנה בפשטא הא תרי קיוהא אית ביה, חדא בעיקר מילי דזכייה, דהא זכייה הוא מטעם שליחות, ואיך יועיל שליחות בכה"ג, דהא מצד המקבל לבד לא מהני שליחות לפי שאינו שליח של בעל הממון, רק גבי גט דהתורה ריבתה, כמבואר בירושלמי [פ"ד דמע"ש ובפרק האומר], וז"ל תמן התורה זיכה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה, אית לך למימר במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ע"כ, וגם מצד הנותן נמי, הלא הורע כח השליחות, דהא כל מידי דאיהו לא מלי למיעבד שליח לא מלי משוי [נזיר י"ב קידושין כ"ג], וכיון דאין אדם זוכה בשלו לאחרים [וכ"מ מדברי המ"מ פי"ז מהלכות אישות הלכה י"ד בשם הרשב"א עיי"ש, והרשב"א בחידושיו לגיטין (י"ג) תד"ה אמר אמימר] איך יעשה שליח, [ואי משום דאית ליה תורת זכיה בממון אחרים, כדאיתא בקידושין שם גבי עבד, הא ליתא כיון דהשליח בזכי' זו יהוב ממילא גם להמקבל, הלא גם בשל אחרים לא יוכל לזכות מטעם זה עלמו], רק בע"כ נ"ל דעיקר היסוד ותוקפי' הוא מפני בהזוכה נעשה שליח למניהם, [כדאיתא בתו' ב"מ דף פ"א. בד"ה בשלמא עיי"ש], וכל חד מינייהו משלים חסרון חבירו, [ועיין תוס' יומא (דף י"ט ע"ב) בד"ה מי, שכתבו דהיכא שהוא שלוחו של שניהם לא הורע כחו במאי דלא מלי למיעבד, וז"ל אע"ג דאנן לא מלינן למיעבד כיון דאף שלוחא

שלוחא דרחמנא נינהו] ועי"י הרכבת שניהם נשלמה זכיי' זו. וליסוד זה הביא המגיד משנה ראייתו מהסיא דהולך מנה, דגם שם צריכין לומר דע"י המזכה והזוכה נשלם הענין, דאלת"ה גם שמה הרי בכל חד וחד בפני עצמו לא תוכל להתהוות זכיי' כזו, דנהי דנימא דהמלוה מקרי ג"כ בעל הממון [וכמ"ש הנתיבות סי' ק"ה], מ"מ הרי לא מצי למיעבד זכייה כזו שיזכה בגוף הממון ולא יתחייב באחריות, וגם הלוה אינו יכול לזכות בעצמו להמלוה, א"ו דע"י הרכבת שניהם נשלם הענין וכל אחד משלים לחסרון לאידך. אך עודנו צריכין לבאר שהרי משנה שלימ' היא [בב"ב קנ"ו:] זכין לקטן וכו' לקטן אמרו ק"ו לגדול ע"ש, הרי דאפי' למי שאינו בעל הממון יכול לזכות, וגם המזכה לחוד לא מצי למיעבד, ואפ"ה זכה לחבירו, אך יש מקום לומר דמהתם לחוד אכתי לא יתמלעו הדברים עד תומם, דמבואר בתוס' סנהדרין [דף ס"ח:] בד"ה קטן וז"ל דגרסינן ברוב ספרים קטן נהי דשליחות לית ליה, זכייה מדרבנן אית ליה עי"ש, ולפ"ז ליכא ראיה מהתם דמצינו למימר דהא דזכין לגדול, הוא ג"כ רק מדרבנן דומיא דקטן, ואית לן למימר דהא תינח היכא דליכא פסידא לאחריני. אבל היכא דאיכא פסידא לאחריני לא תיקנו, כדאיתא בש"ס ב"ב [דף קל"ט] דהעדיפו חכמינו ז"ל לכח הבעל שיהיה כלוקח, וגבי אלמנה לא תקנו משום פסידא דאלמנה, וכ"ה בתשובת רב אלפס מובא ברא"ש בסוגיין [פ"ק דב"מ סי' כ"ה] ובמגיד משנה הנ"ל, דבמקום פסידא דבע"ח תקנו חז"ל שיוכל לתפוס גם בלא הרשאה עי"ש, ואפ"ה במקום שחב לאחרים לא קנה משום דלא תקנו חז"ל במקום פסידא דאחרינא. לזה הסיב המ"מ ראייתו מהסיא דהולך מנה לפלוני דנסתבב פני הנידון ע"י זכיית השליח לגרוע כח הלוה שלא כדת שכל האנושי, לאחוז בשני הקצוות, שהמלוה זוכה במעותיו ואחריותם על הלוה, וכל כה"ג שהוא נגד המושכל לא תקנו חז"ל [ורא"ה לזה מב"מ (דף מ"ז:) אמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות ומפני מה אמרו משיכה קונה שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה, ולכאורה קשה מדוע הפקיעו חז"ל עיקר קנין דאורייתא הלא היה די לתקן שאחריות החפץ יהא על המוכר עד שימשוך הלוקח, וכן הקשה בתשובת צמח צדק, א"ו דכל כה"ג לאחוז החבל בתרי ראשין לא תקנו חז"ל, ובדיני מעות קונות אות ב' כתבנו באופן אחר על קושיית צ"צ, והוא לקמן סימן ע'], ועכ"ל דעיקר הזכי' הוא מדאורייתא, והא דמחוייב באחריותן, הוא עצמו גרם לו כמובן, וממילא מהני אפי' בחב לאחרים, שיקנה הלה לכל דבר והוא יתחייב באחריותן:

ולאשר דאיכא עוד ריעותא אחריתא בזכייה זו שזיכה ע"י אחר לאיכא דעלמא במקום דחב לאחרים, דאפי' כשעשאו המלוה שליח לא מהני לדעת רוב הפוסקים כשתפס מעצמו, [וכ"כ המ"מ בעצמו שם מקודם לזה], אבל ע"י זיכוי הלוה בעצמו קנה אידך. ולזה מביא המ"מ ראיה מתן שטר שיחרור זה לעבדי, ולמסקנא דש"ס דתן כזכי אע"ג דהוי חב לאחרים, שהרי נאסר מיד בכל שפחות דעלמא והוי חב לדידהו, וכעין שפירש רש"י בקידושין [דף ס"ה:] ד"ה הכא קא חייבי לאחריני, וז"ל שקרובותיה נאסרו בו, [ועיין במשובב נתיבות סי' א' בס"ק ה' ובמ"ש לעיל סי' מ"ד אות ד' בזה]:

ד בש"ם [דף י"ב:] ש"מ יכול הרב לומר לעבד וכו' לימא כתנאי רשב"ג אומר יכול העבד לומר לרבו בשני בצורת או פרנסני או הוציאני לחירות וכו' אלא הכא במאי עסקינן דאמר ליה לא מעשה ידיך למזונותיך ובשני בצורת לא ספיק. לכאורה קשה דע"כ עיקר טענת העבד על האדון שיוציאנו לחירות, דלפרנסו אינו יכול לכופו אם אינו נוטל כלום ממעשה ידיו, והיאך נפסוק שיוציאנו לחירות מפני צער רעבון, הלא מבואר בש"ס שבועות [דף כ"ו:] דאינו יכול לעבור על שבועה מפני צער רעבון, הגם דיכול לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי, מכ"ש הכא לעבור להדיא אעשה דאורייתא, דלעולם בהם תעבודו, ואיפשר לומר כיון דפסקינן שיכול לעבור אעשה מפני שלים ממונו, משא"כ על לא תעשה [ש"ע א"ח סי' תרנ"ו], ה"נ אפילו מפני צער הגוף דחבריה, ואף שיש לחלק בין מצות עשה שהוא בקום ועשה לעשה זו שהוא כעין ל"ת [ועמ"ש בתפארת ירושלים יבמות אות נ']:

ועוד כתבנו בסוגיא זאת בזי"ר חלק ראשון בדיני מעילה סוף הלכה י"ג [קושיא ופירוקא בדברי הר"ן נדרים (דף ל"ד:) גבי היתה לפניו ככר של הפקר, מדברי הר"ת בסוגיין, מובא בתוס' ב"מ (דף י') ד"ה ר"נ והקושיא שם היא לפום דעת הר"ן בחידושיו לב"מ, שכתב בשיטת הר"ת דאפי' לקולא הוי כרגלי הממלא עי"ש], ולקמן בסימן ע"ז אות ו':

סימן סג

א בדין קנין מעמד שלשתן שתקנו חז"ל, מבואר בתוס' בסוגיין [י"ג: בד"ה במעמד] דהגבול בזה, דלא תקנו רק היכא שאם יאמר הממחה להמומחה, זכה בשביל הנמחה, והוא יתרצה בכך, תועיל זכייתו בשבילו, אזי גם היכא דלא אמר לו כך [וגם אפי' המומחה אינו רוצה, לשיטתם ושיטת הרבה פוסקים] תקנו חז"ל דקנה, אבל היכא דגם אם יזכה המומחה בעד הנמחה, לא תועיל זכייתו, בכגון זה לא תקנו קנין מעמ"ש, להכי כשהמומחה או הנמחה הוא עובד כוכבים לא קנה קנין מעמ"ש, ועמד בזה מרן הגאון הקדוש מוהר"ר עקיבא איגר זצוק"ל בתשו' [סי' קנ"ד] דלפום הכלל הזה תיקשי דאמאי כשהנותן הוא עובד כוכבים מועיל קנין מעמ"ש [וכמ"ש תוס' שם], הלא כללא כיילו לן רבותינו בעלי התוס' בב"מ [דף ע"א:] בד"ה בשלמא סיפא לחומרא, דלוה שאולה למלוה מעות שחייב לו ואמר לשליח זכה במעות הללו בעד המלוה, דנימא דהמלוה זכה בהמעות בקבלת השליח [מלבד דצריך ליעשות שלוחו של המלוה, דזכיה מטעם שליחות] צריך ליעשות שליח של הלוה ג"כ, דצריך להיות שלוחו של המזכה, על כן אם הלוה הוא עובד כוכבים לא זכה המלוה בהמעות, [ומשו"ה אם הלוה עכו"ם נתן ריבית להמלוה, והשליח רוצה ליקח המעות בעד עצמו בתורת הלואה וליתן ריבית כמו שנתן הלוה, אפי' אם העמידו אצל ישראל המלוה, מותר מן התורה, דעודנו לא זכה המלוה במעות הללו, ועוד הם של העובד כוכבים, רק מדרבנן אסור, דהחמירו לומר יש שליחות לעובד כוכבים] וכמו כן כאן, הלא אם יאמר הממחה העכו"ם להמומחה זכה בשביל הנמח', לא תועיל הזכיה, וכדברי תוס' ב"מ הנ"ל, אמאי תועיל קנין מעמ"ש [וכבר רמוזה קו' זו בש"ך סי' קכ"ו ס"ק נ"ט]. ודוחק לומר דשני הדיבורים האלו של רבותינו בעלי התוס', בגיטין ובב"מ, שהם מקצועות גדולות, יתפרדו ולא יתלכדו:

ונראה לייסב דהנה מלבד קושיא זו יש להקשות עוד קושיא היותר חמורה, דלפום האי כללא דקנין מעמ"ש אינו מועיל רק היכא דזכייה מועיל, א"כ אמאי מועיל קנין מעמ"ש במלוה [כדפסקו כל הפוסקים], הלא כללא הוא דאין אדם זוכה בשלו לאחרים [וכדכתיבנא בסי' הקודם אות ג'], ולהכי אם יאמר הממחה להמומחה הלוה זכה במעות הלואה בעד הנמחה, לא תועיל כלל, ואמאי מועיל קנין מעמ"ש, וכן מקשים האחרונים. ונראה לפענ"ד דהנה בתקנה שתקנו חז"ל קנין מעמ"ש נכנסו בזה מתוקף הפקר ב"ד [וכדאיתא ברש"י בסוגיין (י"ד) ד"ה אפוטרופיא, דכל הני תלת הילכתא בלא טעמא, הם משום הפקר ב"ד], ושנים עשו בזה חז"ל, חדא במה שהפקירו הממון מרשות הממחה והמומחה, והשנית שהכניסו המעות לרשות הנמחה. ונראה דהא שהגבילו התוס' בקנין מעמ"ש, דהוא רק היכא דתועיל זכייה, הוא רק לענין להכניס לרשות הנמחה, אבל מרשות הממחה והמומחה הפקיעו לעולם, גם היכא דלא שייך זכייה [בכדי שיולמח מזה ממילא שיזכה בו הנמחה], להכי גבי מלוה, האמנם דלא תקנו בזה קנין מעמ"ש לענין הנמחה שיכנסו דמי הלואה לרשותו [וכקו' האחרונים הנ"ל], מ"מ הפקיעו עכ"פ כח המלוה וכח הלוה מאותן מעות המלוה, ונידון כדבר של הפקר, וממילא יכול הלוה לזכות [מהפקר] באותן המעות בשביל הנמחה, שוב קנה הנמחה אותן המעות בתורת קנין מעמ"ש, וכמו כן היכא שהמומחה והנמחה הם בני זכייה, רק שהממחה הוא אינו בר זכייה, חכמינו ז"ל הפקיעו רק מרשות הממחה והמומחה, והוי כדבר של הפקר, וממילא יכול המומחה לזכות בשביל הנמחה, להכי כתבו תוס' שפיר דקנה הנמחה בתורת מעמ"ש, אבל היכא דהמומחה או הנמחה הם עכו"ם לא שייך זה כמובן. האמנם כל זה היכא דאם נימא דהפקיעו מרשות הממחה והמומחה יולמח ממילא מזה זכיות הנמחה, נכנסו בזה להפקיע עכ"פ מרשות הממחה והמומחה, והועילו שפיר שע"י זה ממילא יקנה הנמחה, אבל היכא שגם אם יפקיעו מרשות הממחה והמומחה, עכ"ז לא יולמח מזה כלל זכיות הנמחה, אזי לא הכניסו עלמם לזה כלל, ולא ירדו לתקן בכאן מאומה להפקיע מרשות של מי, כיון שלא יועילו חכמים בתקנתן, לבלע פרי מזימותם, לפקח בתקנת הסוחרים, כיון שהנמחה לא יקנה בשום אופן, ולמה יפקיעו מרשותם על מגן, והניחו הדבר כמו שהוא, ע"כ אם המומחה או הנמחה אינם בני זכייה לא הפקירו כלל:

[ואם נדקדק להבין היטב את דברי רבותינו בעלי תוס' נוכל להעמיס בדברי קדשם שהם בעלמם רמזו לנו בלשונם הלא במלות קלרות, עלי הדברים הנ"ל, וזהו מה שהוסיפו וכתבו, וז"ל דאם ממונו ש"י הפקיעו ע"י קנין מעמ"ש כ"ש מ"ה עכ"ל, כוונתם לאשורם, דלכאורה יקשה הלא גם בכאן לא שייך זכיה דהא לריך ליעשות שלוחו של בעל הממון (וכקו' הראשונה הנ"ל), לזה כתבו דאם ממונו ש"י הפקיעו, רלונם, דגם אם שלשתן ישראלים, בע"כ לריכין לומר דבגוונא דלא שייך זכיה הפקיעו עכ"פ ממונו בלא זכיות הנמחה, דאי לאו הכי אמאי יקנה מעמ"ש במלוה (וכקו' השניה הנ"ל), הלא גם במלוה לא שייך זכיה דאין אדם זוכה בשלו לאחרים (וכ"מ מדברי תוס' עלמם בסוגיין בד"ה גופא, מדהקשו קושייתם דיאמר הממחה זכה, רק למ"ד דלא תקנו מעמ"ש במלוה, אלא ע"כ נ"ל דבגוונא דלא היה ביכלתם לתקן מתחלה שיקנה הנמחה, תקנו מקדם והפקיעו מרשות הממחה והמומחה, וכמו כן בנידון דידן היכא שהממחה הוא אינו בר זכיה וכנ"ל). וגם לשון המרדכי בסוגיין יומתק לן בזה, דכוונתו בקושייתו כקו' הראשונה, ופ"ז תירץ דאם ממונו ש"י הפקיעו וכנ"ל]:

ולפום דברינו אלה יתורץ לן מה שיש לדקדק בדברי תוס' ב"מ [דף ע"א:] הנ"ל, במה שכתבו וז"ל דנהי אם היה עובד כוכבים מפקיר מעותיו היה יכול לזכות לחבירו וכו'. ולכאורה הוא כשפת יתר בדברי קדשם דלמה להו להזכיר כאן מענין הפקר, הלא מילתא דפשיטא הוא, דמה לי מי הוא המפקיר, אם הוא בר זכייה או לא, הלא כבר ילא מרשותו, ולפי הנ"ל ניחא שפיר, לאשר שבאו לחדש כאן דבר גדול, דלריך להיות גם שלוחו של המזכה, ובכדי שלא יוקשה מדבריהם בעלמם בגיטין [כקו' הראשונה הנ"ל], ע"כ הקדימו דאם העכו"ם יפקיר מעותיו יוכל לזכות, ומזה יבין המעיין דגם במעמ"ש אמרינן כן וכדכתבנו, [וככר כתובים מעט מהדברים הנ"ל בקולר אמרים בס' תפארת ירושלים גיטין אות ח']:

ב בתוס' [דף י"ג.] בד"ה האומר תנו וכו' אי גרסינן תן גט זה אתיא מתניתין כר' מאיר דוקא, עכ"ל. ויש להקשות לאוקימתא דרב פפא דמוקי לקמן מתניתין בשכ"מ, ומגרשה לפוטרה מיבום, וא"כ למה נקט במתני' גט ושיחרור בחד בבא, דהא בגירושין הויא מיהת ספק מגורשת כדאיתא להדיא ביבמות [דף קי"ח:] במזכה גט לאשתו במקום יבם דחוששין לדבריה וחוללת ולא מתיבמת. אמנם נראה דזהו דוקא אליבא דידן דפסקינן כרבנן דבגט שיחרור אינו יכול לחזור, משום דזכות הוא לעבד שיולא לחירות, הגם דטעם טעמא דאיסורא וניחא ליה בהפקירא, כמבואר בתוס' ד"ה עבדא בהפקירא ניחא ליה, לפי דאזלינן בתר רובא דזכותא דאית לעבד בחירות, משא"כ לר"מ דס"ל דיכול לחזור משום דחוב הוא לעבד, הגם דאית ליה זכות לענין מזונות דיכול לומר לו עשה עמי ואיני זנך, ודוחק לומר דר"מ ורבנן פליגי בסברות הפוכות איזה זכות גדול, דלרבנן לד זכות דמזונות גדול מחובא דהפקירא, ולר"מ להיפוך, ומסתבר לומר דר"מ מודה לרבנן דזכותא דמזונות עדיפא רק דמלריך זכות גמור בלי שום תערובת חוב, ה"נ הגם דסניא ליה מ"מ איכא קלת חוב לענין מזונות, כמבואר ביבמות [דף מ"ח:] דג' חדשים הראשונים ניזונית משל בעל:

שם בא"ד אי נמי נעלו לאלתר ואפ"ה לא זכה העבד ואמר דלא אמרינן תן כזכי אלא כשמוסר לשליח מיד ליד עכ"ל. והאחרונים הוכיחו מכאן דעלי שיחרור מע"ג קרקע כשר, ועמ"ש בזה בתפארת ירושלים כאן [אות ח'], ועוד יש אתנו בזה אריכות דברים אך לא עת האסף פה, ובמק"א יתבאר אי"ה:

שם בתוס' בד"ה תנו וכו' ואשמעינן דלא תקנו מעמ"ש בשטר עכ"ל. ועמד ע"ז הגאון ר' שלמה איגר ז"ל [הובאו דבריו בתשו' מרן אביו הגאון הקדוש מוהרע"א זצוקללה"ה בסי' רכ"א אות ו'] דהיאך מוכח מכאן דמעמ"ש אינו קונה בשטרות, הלא אפי' קונה גם בשטרות, אינו מועיל בגט ושיחרור, דהיאך יועיל קנין דרבנן לענין איסור דאורייתא, ועוד הלא בגט ושיחרור לריך להיות נתינה דוקא, ומ"מ נתינה לא הוי, וכעין שכתב הר"ן פ' הזורק לענין אם קנין אגב קרקע מועיל בגט, ובזי"ר חלק ראשון [דף כ"ד אות י"ד] כ' ליישב על נכון דברי קדשם, וננקוט כאן בקלרה, דאין כוונתם להביא ראיה מבבא דלא יתנו לאחר מיתה, רק מדיוקא הא מחיים נותנים [וכדאיתא בש"ס], הלא לריך לחזור וליקח ממנה וליתן לו, וכ"ש הוא מריח הגט, דמה בריח הגט דלא קנתה כלל, רק נפסלה ע"י גט זה לכהונה מדרבנן, [וכמבואר ברמב"ם פ"י מה' גירושין ה"א] לריך נתינה מחדש, מכ"ש כאן דקנתה מדרבנן, ושם [באות ט"ו] כ' על דברי הר"ן בסוגיין, ולשיטת הרי"ף והרמב"ם דכתבו שיחרור זה אינו משוחרר עד דמטא לידיה, לא קשיא למה מחיים נותנין, כפי מה שפירשנו לעיל [בסימן הקודם] דגם קנין ממון אינו נגמר רק מעת דמטא לידיה ואז זוכה למפרע, אבל אם לא מטא לידיה אינו משוחרר כלל, רק דלא מלי הדר ביה, וכיון דגם קנין ממון מיתלא תליא בהגעת השיחרור לידו משום הכי לא בעינן נתינה מחדש:

ג שיטת הריטב"א דבמעמ"ש הנמחה יכול לחזור ולתבוע חובו מן הממחה, כל זמן שלא פטרו בפירוש, וז"ל [בקידושין דף מ"ח תד"ה ומלוה ע"פ] וכל היכא דאמרינן הכא קנה, היינו למימרא דלא מלי זה שקבל עליו לחזור בו, ולא הממחה, אבל הנמחה יכול לחזור בו כל זמן שלא פטרו בפירוש לממחה, שהרי אילו היה הממחה נפטר מחובו על פיו של זה שקיבל עליו, הא מדינא מחייב ליה זה שקבל עליו כיון שהוליא שיעבודו על פיו של זה, והיכי אמרינן דדין מעמ"ש הילכתא בלא טעמא לגמרי, אפי' במקבל עליו לתת לבע"ח בחובו, אלא ודאי כדאמרן עכ"ל. והש"ך [בסי' קכ"ו ס"ק ל"ח] תמה עליו מאד וז"ל, דודאי אילו לא תקנו דין מעמ"ש, נמלא לא היה קונה הנמחה כלל, והיה גם המומחה יכול לחזור, ופשיטא דהיה הנמחה ג"כ יכול לחזור, לכך תקנו דין מעמ"ש שאין המומחה יכול לחזור בו וקנה הנמחה, והלכך לבתר דתקנו דקנה, גם הנמחה אינו יכול לחזור דסמכה דעתיה שיגבה מהמומחה, והוי כפטרו בפירוש להממחה, כן כ"ל עכ"ל. ועיין רמב"ן ב"ב בסוגיא דאותיות [דף ע"ז תד"ה ה"ג] שמביא ראיה דמכירת שטרות דאורייתא מקידושין סוגיא דמקדש במלוה [דף מ"ז:] דקאמר ר' מאיר בברייתא דהמקדש במלוה בשטר מקודשת [משום דאשה סמכה דעתה], ומלשון מקודשת משמע קידושין גמורים מדאורייתא ואם בא אחר וקידשה אין חוששין לקידושיו, והקשה עליו הפנ"י במס' קידושין שם, דהתם פליגי ג"כ במלוה ע"פ במעמ"ש, והוא וודאי מדרבנן, ואעפ"כ כללנהו בחד בבא:

וגראה לפענ"ד ליישב קושי' הנ"ל בהקדם קו' אחת שהקשיתי זה שנים כבירים בהיותי כבר עשרין שנין, ותירלתי בטוב טעם, הא דאמרינן בשמעתין, וטעמא מאי, אמר אמימר נעשה כאומר לו בשעת הלואה משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, וקשה ממנ"פ אם היה דעת הלוה להשתעבד לכל מי שילוה המלוה אפי' בלא שום קנין מהמלוה, א"כ למה לן כלל מעמד שלשתן, אפי' זה שלא בפני זה נמי, ואם דעתו להשתעבד רק למי שיבא מחמת המלוה ע"י הקנאה גמורה, א"כ הדרא קושיא לדוכתיה דטעמא מאי, הלא אין מלוה נקנית בקנין. אחר כמה שנים מלאתי קושיא זו רמוזה ברמב"ן גיטין שם, ולפענ"ד נראה דניחזי אנן, דמפני מה אין דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו נקנית בקנין, אם מחמת המקנה, דקליפא כחו להוליא מרשותו, או מחמת קליפת המקבל להכניס לרשותו, ונראה דהוא רק מחמת קליפת כח המקבל להכניס לרשותו בקנינו שעשה בו עתה בעודו בקליפתו, וראיה לזה מהא דאיתא בנדרים [דף ע"ה] האומר לאשתו כל נדרים שתדורי מכאן עד שאבוא ממקום פלוני הרי הן קיימין, לא אמר כלום, הרי הן מופרין ר' אליעזר אומר מופר וחכ"א אינו מופר, אמר ר"א אם הפר נדרים שבאו לכלל איסור לא יפר נדרים שלא באו לכלל איסור, וחכ"א הרי אומר אישה יקימנו ואישה יפרנו, את שבא לכלל הקם בא לכלל הפר, ועי"ש במסקנא דשמעתא דגם רבנן מודו בק"ו כעין זה רק דהתם קראי קא דרשי, ולפ"ז בדבר שא"ב דלא מהני קנין, ע"כ לריכין לומר מחמת הכנסת רשות דקונה הוא, דלגבי' דמי להקמה, ולהכי לא מהני קנינו שעושה עתה בדבר דקליפא זכותו ולקנות בו לאחר שיבא לרשותו, אבל הולאת רשות דמקנה לחוד שפיר איכא ק"ו דר"א, דאם מועיל הקנין להוליא מרשותו במה דאלימא קנינו וזכותו, מכ"ש במה דקליפא זכותו, [ועמ"ש בסוגיא דחזר, והוא לקמן סימן ע"ג] ולפ"ז שפיר מיושב קושיא הנ"ל, דע"כ מה שהקשה טעמא מאי ומחפש הש"ס למלוה טעם ועילה לקנין זה, ולא מלינו כן בשאר קניים דרבנן, כבר ביאר הרשב"א בחידושיו, שלא ביקשו למלוה טעם לעלם הקנין, כמו שלא הקשו על קניים דרבנן ודאורייתא דלית לן טעם מבואר דמפני מה קנה דוקא במעשה כזו, וגם מפני מה תקנו כלל קנין זה, הרי כבר ביארו הראשונים ז"ל מפני תקנת הסוחרים, אבל קוטב השקלא וטריא אזלא הגם שהרשות ביד חכמים לתקן קנין חדש, ואין לחפש טעם לזה, אבל זהו דוקא בדבר שנתפס בו קנין, משא"כ בדבר שא"ב דלא מהני שום קנין, ולא אלים

קנין

קנין זה מקנין דאורייתא, וע"ז מתרץ אמימר דנעשה כאומר לו בשעת הלואה משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, וכוונת הלוה דוקא להבא בהקנאה ממלוה, דבוודאי אין דעתו להשתעבד לשניהם, [ועיין בדברי רבינו הגר"י בפרק הכותב סימן י' כעין סברא זו], ולא היה דעת הלוה להשתעבד לשום אחד עד שיהיה פטור בהחלט ממלוה הראשון, והלא כיון שהמלוה הקנה למקבל במעמ"ש, ומעמ"ש הוי קנין גמור כמו כל הקניינים, רק דאינו ברשותו, וכיון דלגבי המלוה להוציא מרשותו שפיר מהני מכח ק"ו דר"א, והמקבל קונה מכח שיעבוד של הלוה ששיעבד עצמו בשעת הלואה לכל מאן דאתי מחמתך, תו ליכא שום גריעותא במה דאינו ברשותו, דלגבי המלוה מעליותא היא, וכיון דנפטר מהמלוה כבר קנה המקבל משיעבודא דידיה, ואין להקשות לאמימר אמאי לא מהני שאר קניינים במלוה שיש לו ביד אחרים, דכבר האריך בזה הרשב"א בחידושיו, והביא דבריו בקצה"ח, דהא באמת לא הקנה הלוה כלל, רק דדעת חכמים לתקן מעמ"ש מטעם זה, כיון שאם הקנה כן היה מועיל, וזהו כעין הפקר ב"ד, שאע"פ שלא הקנה נעשה כאילו הקנה, וכיון דאיכא אנפי דמועיל קנין דאורייתא אם הקנה יש כח ביד חכמים ג"כ לתקן כעין זה אפי' בלא הקנה ועי"ש. וליישב קושיית פנ"י הנ"ל על הרמב"ן שהקשה דקנין מעמ"ש בוודאי מדרבנן בעלמא הוא ואעפ"כ קתני מקודשת, יש לומר דהא כיון שתקנו מעמ"ש ואינו יכול המקבל לחזור על הנותן, [כי כן שיטת הרמב"ן מובא בש"ך הנ"ל בשם בעל התרומות], כבר נתחייב המומחה מטעם ערבות כדברי ריטב"א הנ"ל, ועיין תוס' ב"ב [דף קמ"ז] תד"ה המוכר דכנגד פרוטה הוי כאלו נתנה לבעל ואף אם ימחול הבעל צריך להחזיר לה פרוטה דקידושין, [והשגתו של הש"ך הוא רק על תחלת התקנה, אכן עתה שכבר תקנו מחויב המומחה ליתן להאשה פרוטה דקידושין מחמת ערבות], וערבות דאורייתא הוא, והגם שהקנין מסתעף מדרבנן דהיינו שנסתלק הבעל מחמת קנין דרבנן וגם האשה פטרתו מחמת קנין דרבנן, וע"י זה הוא דנתחייב המומחה מדאורייתא לאשה, סוף כל סוף קיבלה פרוטה דכסף קידושין מדאורייתא, הגע בעצמך באחד שהיה לו משכון שלא בשעת הלואה ומת הלוה והניח יורש קטן והחזיר המלוה את המשכון ליד יורש קטן ע"י ערב, האם נאמר לדעת הפוסקים בדעת אחרת מקנה אין הקטן זוכה מדאורייתא שלא ישתעבד הערב מדאוריי' [והגם דבמחילת שיעבוד זוכה הקטן מדאורייתא לכ"ע כדמשמע מתוס' קידושין (דף י"ט) ד"ה אומר, אבל זהו במחילת שיעבוד דעלמא, משא"כ במשכנו שלא בשעת הלואה שיש לו קנין אליה], דהא מ"מ כל היכא שנפטר הלוה על פיו משתעבד מצד ערב ומה לנו בפטורו של הלוה אם הוא מדרבנן:

ועפ"ז מיושב ממילא קושי' הש"ך על הריטב"א, כיון דמחמת המלוה אין אנו צריכין לומר דמעמד שלשתן הלכתא בלא טעמא, מידי דהוי ככל קניינים דרבנן, והגם שאינו ברשותו, דהא אדרבה לגבי המלוה עדיפא טפי להוציא מרשותו בדבר שזכיותיו רפויין, רק לגבי המקבל מיגרע גרע במה שאינו ברשותיה כמו שכתבנו, ולהכי המציא הש"ס טעמא דמשתעבדנא, או בהשואת הנאה דמשתני' ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה, וכיון שהמקבל יכול לקנות תו לא איכפת לן מחמתיה דמלוה, כיון דלגבי דידיה מועילים כל קניינים ה"נ קנין דרבנן דמעמ"ש, כן נמי למסקנת הש"ס דאיפרכו הנך טעמי, עודנו המקבל יכול לקנות מחמת ערבות, וסילוק שיעבוד המלוה, ושיעבוד הנמחה, באמת מחמת מעמ"ש כקושי' הש"ך הנ"ל, אבל מ"מ אין אנו צריכים לומר דמעמ"ש הלכתא בלא טעמא, כיון שמועיל שאר קניינים לגבי המלוה ה"נ קנין זה, וממילא קונה המקבל מחמת ערבות, ועיין עוד ב"מ [דף ק"י] ותתיישב על נכון בלא שום פקפוק:

ד **לכאורה** יש להוכיח מדברי תוס' ב"ב [שהבאתי באות הקודם] דאם קידשה בפרוטה אחת שיש לו ביד אחרים, דאינה מקודשת, דהא כל מלוה לא שויה כמו שהיא, דאי לא תימא הכי הדרא קו' תוס' לדוכתיה, דמ"מ תתקדשה דצריך לשלם לה פרוטה מדילא דגרמי, ואמאי אמרינן התם דאי איתא לדשמואל אינה מקודשת לפי דלא סמכה דעתה, דאדרבה כיון דלא סמכה דעתה אכולו תתקדש בפרוטה וודאית, [ועיין בריטב"א קידושין שם בד"ה גירסת, שכתב דגם למ"ד דמלוה ופרוטה דעתה אמלוה, זהו דוקא היכא דזכי' בתרווייהו, משא"כ הכא כיון דלא סמכה דעתה אמלוה, דילמא מחיל ליה, הרי עיקר דעתה אנייר לחוד], אלא ודאי כיון שגם הפרוטה אין בידה, רק שיהיה לה מלוה אצלו, ומלוה פרוטה אין שוה פרוטה, אבל מסתימת הפוסקים לא משמע הכי. לכן נראה דגם מתוס' הנ"ל אין ראיה, דיש לחלק בין מלוה שהיה תיכף בשעת קידושין, הגם שאינה אלא פרוטה, מ"מ כיון שנכנסה על דעת כן וקיבלה על עצמה טורח התביעה, מקודשת, והגם שלכולי עלמא אינו שוה פרוטה, מ"מ מקודשת דהא לבסוף תקבל פרוטה, והגם שאיש אחר מפחית במקחו מפני טורח התביעה, היא לא חששה לטירחא דידה [וכדמות ראיה לזה. דגם בכלי שאינו שוה פרוטה, מספקא ליה להר"ן ז"ל בקידושין פ"ק בסוגיא דשיראי (דף ח') דנימא דמקודשת מטעם דהיא תאמר לדידי שוי', מכ"ש הכא], מ"מ זהו דוקא אם נכנסה על דעת כן להתקדש בפרוטה מלוה, אבל הכא הגם דלא סמכה דעתה מ"מ מספקא לה מיהת דילמא לא ימחול ותחזיק בכל הסך, אך אנן פסקינן כיון דלא ברירא לה אינה מקודשת, תו לא קשיא דהא מ"מ יהיה לה פרוטה מלוה וודאית, כיון דבאמת פרוטה מלוה אין שוה פרוטה, ולא חזינן להדיא שנכנסה על דעת כן:

סימן סד

בדיני אפותיקי

[ב"ק דף ל"ג ודף פ"ט, יבמות דף ס"ו, גיטין דף מ']

בעזה"י קיץ תר"ו לפ"ק פה ק"ק לאסק יע"א.

א **דעת** רב האי גאון גבי עשה שורו אפותיקי ומכרו, דאין בע"ח גובה הימנו, דווקא בדאית ליה נכסי ללוה, אבל בדלית ליה נכסי, גובה הימנו. והקשה עליו בס' בעל התרומות [שער מ"ג ח"א סי' ב'] מסוגיא דפרה וטלית [ב"ב דף מ"ג:] דבמכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה, דעדיין יש לחוש לאפותיקי ולית ליה נכסי, וכזה קשה ג"כ מש"ס ב"ק [דף ל"ג] דמקשה והא אמר רבא וכו' שורו אפותיקי ומכרו וכו', דהרי התם לית ליה נכסי, דהא התם למאן דס"ל מזיק שיעבודו של חבירו פטור קיימינן, איברא היכא דמשתרשי ליה לכ"ע חייב, ועיין בש"ך סי' ק"ז ס"ק ח', [וראיתי באחד מן האחרונים שהקשה קושיא זו ומתרץ משום מזיק שיעבודו הוי כאית ליה נכסי, וזה אינו, רק כמו שכתבתי]:

ברם טעמא דר"ה גאון נראה לפענ"ד, אף דמטעם שיעבוד אין לחלק בין אית ליה נכסי ללית ליה, כיון דלית ליה קלא, [ואיפשר לדחוקי נפשין עפ"י סברת תוס' ב"ק (דף י"ד:) ד"ה ש"מ, כמובן], אבל כיון דגבי אפותיקי חשבינן ליה כלוקח ראשון, ואת הלוקח דינן כקונה דבר שאינו שלו, וגובה ממנו שבחא ופירי, וכן כתוב בספר מקח וממכר לר"ה גאון [סוף שער כ"ז] דבאפותיקי מפורש גובה שבחא מן הלוקח, אף דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא, [ועמ"ש בזה לקמן באות ז' ע'], וס"ל לר"ה גאון אף דגבי עשה שורו אפותיקי א"י לגבות מכח שיעבודא, אבל הזכות שיש לו מצד לוקח ראשון לא נסתלק דחזי אף דלית ליה קלא יכול לטרוף את שלו, כמו גבי גנב דעלמא אף דל"ל קלא יכול ליטול את שלו בכל מקום שנמצא, והפוסקים החולקים עליו ס"ל דלא נתוסף לו כח זה לחשבו כלוקח ראשון, רק היכא דיכול לטרוף הימנו מפני שיעבודו, אמנם לדעת ר"ה דס"ל דדין לוקח ראשון יש לו בכ"מ, אף במקום דל"ל קלא, והא דאילטלא דקני' מיתנא, ול"א דלמפרע גובה כקושי' התוס' גיטין [דף מ'], ול"ל כתירוצם מפני שיתומים יכולים למוכרו, ולא חשבינן לה כלוקח ראשון, לדעתו דר"ה דס"ל דאפי' גבי מטלטלין חשיב כלוק"ר, ול"ל דשאני נכסי ל"ב כיון דכל אחריותן עליהם ולית לה פסידא כלל, אזי אבדה גם זכות זה, ולא חשבינן לה כלוק"ר רק במקום דאית ליה למלוה פסידא, אבל במקום דל"ל פסידא וללוקח אית ליה פסידא, אזי גם דינו של לוקח אין לו, [וגבי מלוה דעלמא דטורף שבחא ופירי יתר על חובו מצד לוקח ראשון אף דלית ליה פסידא למלוה, דשאני התם דלקוחות אפסידו אנפשייהו דהרי אית ליה קלא], מטעם פסידא דלקוחות, כאשר תקנו בכל מלוה ע"פ דעלמא, וממילא ה"ה לדידן דפסקינן דמזיק שיעבודו חייב, בפרט היכא דמשתרשי ליה, וכיון דאית ליה נכסי ומצי טריף מיניה מצד מזיק שיעבודו, אזי דמי ג"כ לאילטלא דנסתלק זכותו דלוק"ר הימנו מפסידא דלקוחות, ולדידיה לית ליה פסידא. איברא היכא דלית ליה נכסי ללוה אזי מוקמינן אדינא ומצי טריף מפני זכותו דלוק"ר. אמנם נפקותא רבה איכא בינייהו דאם מצי טריף מפני שיעבודו אזי א"ל להחזיר ללוקח כלום, אבל היכא דלא מצי

טריף

טריף מפני שיעבודו כגון שיהא דלית ליה קלא רק מפני זכותו דלוק"ר אזי צריך להחזיר לו הדמים שנתן מפני תקנת השוק, והדר טריף גופא ושבחא מן הלוקח כדין אפותיקי מפורש וחוזר על הלוה כנגד דמים שנתן, ושפיר מקשינן בב"ק כיון דקתני מכרו אינו מכור דמשמע אינו מכור כלל, וא"ל להחזיר לו כלום, וגבי פו"ע ג"כ ניחא דמלי מעיד כיון דלריך להחזיר הדמים שנתן מפני תקנת השוק, ויהיה ג"כ לוה רשע לגבי' כגד הדמים שנתן, [ועיין בש"ך סי' שנ"ו סק"ד ובקצוה"ח שם]. ושנעיין בבעה"מ שער הכ"ל במביא דעת ר"ס גבי עשה שורו אפותיקי, ח"ל, ור"ס גאון כתב בס' מו"מ, שבהמות והמטלטלין שעשאן אפותיקי מפורש ומכרן אין בע"ח גובה מהנו כיון שיש לו למוכר נכסים בכ"מ, וכדרבא וכו' עכ"ל. משמעות דבריו נראה דלא פסק כן בדרך החלט וחיוב רק בדרך שלילה, והוא בדאית ליה נכסי אין גובה כלל ובדלית ליה נכסי משכחת לן גבייה במקלת, רק שלריך להחזיר מפני תקנת השוק כנ"ל:

ב **עוד** פיסקא דר"ס גאון [מובא בבעה"מ שער מ"ג ח"ג דין א', ובטור סי' קי"ז] דהא דסקדם מפקיע מידי שיעבוד, הוא בדאית ליה נכסי, אבל בדלית ליה נכסי לא, וסברתו בזה נעלמה. ועוד דקשה מהא דאיתא בפ' השולח [דף מ"ו] בקידש ועבל לשם בן חורין דקנה אע"ג מטעמא דרבא דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד, וכן במס' גיטין בסוגיין לאוקימתא דרב דס"ל דשיחררו רבו ראשון וכדרבא, והא לרבנן ס"ל דמזיק שיעבודו של חבירו פטור, ואפ"ה מפקיע מ"ש, וכבר עמדו בזה על ר"ס גאון הנ"ל. וכ"ל דמקור דינו נובע מס"ס ב"ק [דף נ'] גבי שן ועין דאינו יולא לא לאיש ולא לאשה, דאמרינן לימא דרבא תנאי היא, ומתרלינן דכ"ע אית להו דרבא רק דפליגי אם אלמוה רבנן וכו' יעוי"ש. ויש לדקדק דאלכתי דרבא תנאי היא דהא לדידיה שיחרור מפקיע מ"ש ס"ל, ולא אלמוה, א"ו או דרבא ס"ל דמזיק שיעבודו ש"מ חייב ואיירי בדאית ליה נכסי, אבל בדלית ליה נכסי כיון דאית ליה פסידא אלמוה, והאי דאיצטלא דקניא מיתנא כיון דקיבל עליו אחריות כדין נכסי ל"ב, ובדאית להו נכסי איירי, או משום דלא שכיח כלל לא אלמוה בזה, [וכ"כ הנימוקי יוסף בפ' אלמנה], ור"ס פוסק כברייתא זו דאינו יולא לא לאיש ולא לאשה מפני דאלמוה, ולהכי ס"ל דבכולהו גווני דנקיט רבא איירי דוקא בדאית ליה נכסי חוץ גבי חמץ דממילא, ובזה אפ"ל דלהכי נקיט רבא הקדש ושיחרור, ולא מיתנא וע"ז, [בתוס' שם דקדקו בזה], משום דלאו בחדא מחתא מחתינהו, דגבי ע"ז ומיתנא דל"ש אפי' בדלית ליה נכסי מפקיע, ולא קשיא תו מס"ס יבמות הנ"ל דהתם ל"ש אלמוה, כיון שלא נתכוין להזיק לחבירו רק לתועלת עלמו, [ועיין ברא"ש פ"ח מה' חובל ומזיק ה"ד], ומגיטין ל"ק, דרבנן דהתם דאית להו מזיק שיעבודו פטור, בע"כ ס"ל כתנא דאידך ברייתא דל"ל אלמוה גבי שיחרור:

ג **בתוס'** יבמות [דף ס"ו:] ד"ה עבדי ל"ב עי"ש, והנה מירלו של ה"ר שמואל בר' חיים מורדי"ם תמוה למאד ואין הסברה לסברתו כלל, דהיאך איפשר שילא בשן ועין לאיש ולאשה דאי למר לאו דמר, ואין לומר דלדעתו דלאחר מותו באמת אינו יולא בשן ועין ליורשי הבעל, שהרי גבי איצטלא אמרינן דקני' מיתנא, משום קנין הגוף של היורשים הוא, [גם לרב יהודה כמבואר בש"ס דמי לא מודה ר"י] וקנין איסור דמיתנא ושיחרור דשן ועין חדא מילתא היא, ומחד טעמא אתינן עלייהו, והיאך אפ"ל דיש ליורשי הבעל וגם לאשה קנין הגוף, ולכל אחד מהם לגבי חבירו נאמר להיפוך דאית ליה לדידי' רק שיעבודא ולחבירו עיקר קנין הגוף בדבר ההוא, גם קושי' מהרש"א שהקשה על ר"ש בר"ח הנ"ל ממתניתין דלקמן דאיתא דעבדי ל"ב לא יאכלו בתרומה מפני חלקו של עובר ותירולו דחוק למאד, וגם יקשה עליו ג"כ כנ"ל:

ונראה בביאור הדבר על מכונו ע"פ יסוד מוסד בדבריהם בתוס' פרק השולח [דף מ':] דהיכא דאי איפשר לסלוקי בזוזי, ובהא מכרו יגבה מלוקח, אזי גם רבא מודה דאמרינן למפרע ה"ג, ויש להקשות מהא דאיתא גבי תקנת אושא [ב"ק פ"ט:] והב"א אידי ואידי לאחר תקנה ואית להו תק"א, אלא למ"ד לאשה ולא לאיש כדרבא דאמר הקדש וכו' מפקיע מידי שיעבוד, ועיין רש"י שם בד"ה סברוה ובד"ה קודש וכו' הרי דאף לאחר תק"א לא אלים זכותיה כקנין הגוף ממש רק כשיעבודא בעלמא ולהכי מפקיע שיחרור דידיה מידי שיעבודו וע"ש, ואלכתי הקשה אמאי תפקיע הא בכגון זה אמרינן דלכ"ע למפרע ה"ג שהרי אינה יכולה לסלקו ולמוכרו. אמנם נראה כיון דלדידן

דפסקינן כרבא דבע"ח מכאן ולהבא גובה כל היכא דאיכא לספוק באופן הגביה, מכש"כ היכא דאיכא לספוקי בעיקר החיוב ולהכי בכ"מ אף לאחר תק"א ליכא למימר דלמפרע ה"ג, כיון שלא נתברר אז דהיה תמות ברישא:

[ובזה מובן היטב דברי הירושלמי מובא ברמב"ן במלחמות ה' בסוגיין (במס' יבמות) דבנ"מ ומכר הבעל ומתה היא דלא קנה הלוקח, והיכא דמכרה איהי ומת הוא, דקנה הלוקח, ואינו מובן שמפני מה אינו יכול למכור את קנינו והספק שיש לו בהם (וכבר עמדתי בזה בדיני שאלה ושכורה, והוא לקמן סימן פ"ם א"ח), ולהנ"ל ניחא דס"ל להירושלמי כשיטוה זו דס"ם ב"ק הנ"ל, דגם לאחר תקנת אושא לית ליה לבעל קנין הגוף רק שיעבודא בעלמא, וכיון דאיכא ספיקא בעיקר החיוב לא שייך לומר למפס"ג, ולהכי אי אקדים או זבין בעל לא מהני בזה, כמו בכל מלוה דשלמא לרבא]:

ד **ועתה** נסורה נא להבין דברי קדשם מה שתירלו שם בפרק השולח, דהא דקניא מיתנא, ול"א כיון שאינם יכולים לסלקם בזוזי, אזי גם לדידן למפרע הוא שלה, וז"ל בסס"ד דמ"מ כיון דמשתמשים באיצטלא לעשות בו כל חפלם ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלק לה בזוזי אמרינן מכאן ולהבא גובה עכ"ל, ועיקר תירולם הוא. במה דאם מכרוה לא טרפה, דבמה דיכולים להשתמש אלכתי לא גרע דינה משור מזיק דכתבו לעיל דאף לרבא למפרע גובה אפי' לר' ישמעאל דבע"ח הוא אף דמכרו מכור לכדי', וכיון שכן אלכתי לא מתורץ דהא אנן לרב יהודה קיימינן דס"ל דסדין עמה וגם מכרו בעל מיד לדעת תוס' ורס"פ בס ביבמות, ומשמע לכדי' אפי' כשמכר הבעל ורלה לסלקם במעות דל"מ. ונראה בכוונת דבריהם דמחלקי בזה בין כשהבעל עודנו חי לבין יורשים דידי', והטעם דבחיי הבעל כיון שלא סגיע זמנו לגבות, ואפי' כשרולה לסלקה אינו רשאי כדתנן לא יאמר לה הרי כתובתיך מונחת על השלחן אלא כל הנכסים וכו' [כתובות דף פ:] ואפי' בנכסי ל"ב [ועיין בהשמטות וביאורים] כיון שכבר נשתעבד לה בשעת נשואין [אף דבעלמא פרעון בע"כ שמי' פרעון, שאני הכא דמעיקרא הכי אתקון] ולהכי אף כשרולה לסלקה הוי כאילו לא סילקה, שאינו רשאי לגרוע שיעבודה דמעיקרא, ולהכי מכרו בעל כדי שלא תהא לריכה לחזור אחר ב"ד, [וכמ"ש תוס' שם סוף ד"ה הבעל], אבל באיצטלא דאיירי לגבי יתמי, שכבר סגיע זמנה, אזי כשמכרו היתומים את המטלטלין שהכניסה בנל"ב, הוגרע כחה בזה, כיון שמסלקים לה בדמים, ושוב לא תהא לריכה לחזור אחר ב"ד, אזי נגד פסידא דלקוחות לא משגחינן על שבח בית אביה, רק היכא דאיכא ג"כ לחוש לפסידא דידה, בכגון בחיי בעלה מפני תיקון טירחת חזרת ב"ד אבל לאח"מ כיון שכבר נסתלק פסידא דידה ותשבא דטירחת חזרת ב"ד, רק משום שבח בית אביה לחודא אזי אזלינן בתר פסידא דלקוחות:

ה **אמנם** לריך להבין מה קשיא להתוס' כלל מאיצטלא דל"א ביה למפס"ג כמו גבי שור המזיק, דשאני התם דאיכא ספיקא בעיקר החיוב ושוב ל"ש למפס"ג, משא"כ בשור המזיק, אף דקנס לא מיירבא רחמנא עד שעת העמדה בדין, וגם אמרינן ביה דאלכתי גברא לאו בר חיובא הוא [כמ"ש תוס' ב"ק דף ל"ג: תד"ה איכא בינייהו] אפ"ה חיובו בוודאי מסתמא יתברר, וכיון דנגח קלא אית ליה ויבואו עדים ויעידו, וא"ל דקושייתם לא קאי דנאמר לגבי איצטלא למפס"ג משעת נשואין, רק משעת מיתה, והא תהי זאת כזר בעיני הקורא דכן מלינו גם גבי אפותיקי מפורש, לדעת תוס' ושאר פוסקים דקיימי בשיטתייהו בסוגי' דשבח [ב"מ דף ס"ו: תד"ה הא], דבאפותיקי מפורש אף דהוא יכול לסלקו בזוזי ואינו גובה אלא בשיעור חובו והשבח ברשות לוה קאי, אבל לגבי יתמי ולקוחות גובה אף מן השבח שהשביחו אף דלא מסקי ביה אלא כשיעור ארעא מטעם דיכול לומר ארעאי אשבח, הרי דלגבי לקוחות ויורשים כיון שכבר ניתק מרשותו אזי חשוב הוא כלוקח ראשון, והוי כאילו מעיקרא הכי אתני בהדי' כשאמכרנה או אורישנה תהא קנוי' לך, וכעין זה הקשו גם כן גבי איצטלא כיון דלרב יהודה גם הבעל אינו יכול לסלקה בזוזי, ועדיף כחה מאפותיקי מפורש, ולמאי יגרע כחה בזה עוד מאפ"מ דקני' מיתנא, ול"א משעת מיתה דלמפרע הוא שלה אף דמוסר גוביינא, מה איכפת לן בזה דסיף סוף תגבה, ונאמר דלמפרע הוא גובה כמו בשור המזיק דג"כ מוסר גוביינא לר"י, או דנחשבה כלוקח ראשון, ועל זה תירלו כיון דלקובענא נסתלקה מדין אפותיקי מפורש גבי מטלטלין שהכניסה דהרי גבי שורו אפותיקי אמרינן דאם מכרו אין בע"ח

בע"ח גובה הימנו כיון שיש כבר בידה להפקיע זכותה תו לא אמרינן למפה"ג, וגם דין לוקח ראשון תו ל"ש בזה, היכא דאיכא בידה להפסידה ולנתק זכותה ולא נשאר לה שום זכות רק מצד שבא בית אבי' לחוד, ולגבי פסידא דלקוחות בוודאי יכולים לסלקה בזוזי כיון דלדידה לית לה פסידא כאשר בארנו לעיל [באות ד'] :

ו **ועתה** נחזה ונתבונן דהא תינח לגבי מטלטלין שהכניסה בנכסי ל"ב, אבל כשהכניסה עבדים ומקרקעי, אזי בוודאי כיון דלדעת שניהם מעיקרא היה משום שבא בית אביה, שגם הוא לא יסלק לה בזוזי, ושוב לא גורע כחה לרב יהודה מאפותיקי מפורש, ולהכי אף כשמכרו היורשים ורוצים לסלקה בדמים טרפה מלקוחות, דשוב לא מטעם שבא ב"א לחודא אתי' עלייהו, שהרי גם מדין אפותיקי מפורש לא נגרעה כחה וזכותה, וכיון שגם אם מכרו יתמי אינם יכולים לסלקה בזוזי אזי שוב הדר דינה לדין למפרע, דהיינו מעידן דמת בעלה, [הגם דלא שייך גבה לומר למפרע ממש משעת נשואין], או מצד לוקח ראשון, ולפ"ז היכא דעשה אפותיקי מפורש לעבדו או קרקעו ומת הלוה, שוב לא משכחת לן גבי יתמי דיפקיעו מידי שיעבודן, דבזה הדרא קושיית התוס' לדוכתי' ותירוצם שתירצו גבי אילטלא ל"ש גבי עבדי ומקרקעי, [ועמ"ש עוד בזה לקמן אות ט' י'] :

ז **ובזה** נבוא בארה דברי ר"ש בר"ח הנ"ל [באות ג'] דראיית הש"ס היא מאבל לא לאשה דמשמע אפי' לאחר מיתת הבעל, דהא לרב יהודה בוודאי מועיל שיחרור דידה, ולא דיורשי הבעל. דגבי עבד אתי' עליו מדין אפ"מ ואף כשמכרו אינם יכולים לסלק בזוזי וכיון שאינם יכולים להפקיע זכותה, אזי שייך גבה דינא דלמפרע דהיינו משעת מיתת הבעל או מצד דינא דלוקח ראשון, ותו ל"ק מידי מדין אילטלא, דהתם נסתלקה מדין אפ"מ לגבי לוקח כדין שורו אפותיקי, וכיון שיכולים להפקיע כחה שוב לא שייך גבייהו הן דינא דלמפרע הן מדינא דלוקח ראשון, וגם קושי' המהרש"א ל"ק דהר"ר שמואל בר"ח מפרש בש"ס דהכי דייק מדפסיק וקתני גבי שן ועין אבל לא לאשה, דמשמע דבשום צד אינו יוצא ממנה, אף שבא לידי גובייתא ליד האשה ולא נתרצה בדמים, ולהכי מביא ראיה מזה לדרבי אמי, אבל גבי תרומה היאך יאכלו כעת בתרומה מי יודע היאך יפול דבר, אולי תרצה בסילוק דמים, או אולי בשעת גובייתא ישוו העבדים בכפלים ממה שהכניסה לו, אף דמשום שבא ב"א יכולה היא לסלקו כמו בכלים דלקמן [ביבמות ריש דף ס"ז.], אבל מ"מ מדין דלמפרע כבר יצא לגבי האצי שנתייקר, וגם מדין דלוקח ראשון נסתלקה בזה היתר על המגיע לה, וסוף כוף יש ליורשים ג"כ חלקם בעבדי נכסי ל"ב :

אולם קשיא מדשמואל דס"ל לקמן אין לו בנים אוכלין בשביל המשפחה ואמאי דילמא יבואו לידי גובייתא לידה, וגבי עבדים דאיכא דינא דאפותיקי נגס, שוב לא יצא הדבר מדינא דלמפרע או מחמת לוקח ראשון, וכיון שהיא אינה אוכלת גם עבדים לא יאכלו, וצ"ל דשמואל ס"ל כרבי אמי. [או דשמואל לשיטתי' דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא (ב"ב דף קע"ה ע"ב) אזי לא אלים שיעבודא לומר בו דלמפרע גובה, אפי' גבי אפ"מ, כאשר האריך בזה בעל פנ"י בריש הניזקין (דף כ' ד"ה ומר זוטרא) בכל מלוה דעלמא דמאן דס"ל דלמפרע גובה בע"כ ס"ל שיעבודא דאורייתא, והוכיח מזה דאביי בע"כ סבירא ליה שיעבודא דאורייתא, ודלא כתירוץ א' בתוס' שם, וממילא מובן דלמ"ד שיעבודא ל"ד גם לכלל לוק"ר לא יגיע לעולם ע"י שיעבודא דקלישא כולי האי] :

ח **זה** כמה אמינא לתרץ קושי' תוס' דאילטלא דקני' מיתנא ול"א למפה"ג כיון שאינו יכול לסלקה, ע"פ סברתם בב"ב [דף קל"ו:] וביבמות [דף ל"ו] ד"ה קנין פירות שהקשו למאן דאית ליה קנין פירות כקנין הגוף דמי, א"כ אמאי מצרכינן לתקנת אושא שהרי כן הוא מצד עיקר הדין שהרי דמי למכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה הלוקח, ותירצו דזהו כשיש לו קה"פ מצד הדין אבל לגבי בעל דלית ליה אלא מתקנתא דרבנן לא אלים כקנין הגוף, ואמינא דה"ה לדידן דפסקינן קה"פ לאו כקנין הגוף ועיקרו הוא קנין הגוף עצמו דזהו היכא דאית ליה קה"ג מצד שורת הדין. אבל לא היכא שהוא מצד תקנתא דרבנן לחוד, ולהכי ניחא גבי אילטלא שגם דאמרינן למפה"ג מ"מ לית ליה למלוה בגווה אלא קנין הגוף לחוד, ועיקר קנינה בזה אינו אלא מצד תקנתא דרבנן, אבל דברי רש"בר"ח המובא לעיל נגדינו דאית ליה דלאחר מיתת הבעל יוצאין בשן ועין לאשה אף דלית לה אלא מתקנתא דרבנן :

ט **שם** בתוס' גיטין הנ"ל מה שתירצו בשור המזיק דהקדשו הקדש משום דר' אבוה, ול"א דהקדש מפקיע מידי שיעבוד, משום דגם לר' ישמעאל דאמר דבע"ח הוא, מודה דאינו יכול לסלקו בזוזי יעו"ש במהרש"ל ומהרש"א, ותוכן דברי מהרש"א משום דלוקח אינו יכול לסלקו לכן אמרינן דלמפרע גובה, ודבריו תמוהים הן מצד הסברא דמה בכך שאין הלוקח יכול לסלקו כיון שהמזיק בעצמו יכול לסלקו הן טרם שמכרו והן לאחר שמכרו, כדאיתא באשר"י ב"מ [פ"ק סי' ל"ח], ועוד דבכל הסוגיא מצינו להיפוך מדבריו כגון בעשה שורו אפותיקי והקדישו שהוא עיקר דינו דרבא, וגבי שיחרור דאיירי ג"כ באפותיקי מפורש ואין הלוקח יכול לסלקו בזוזי, ובפנ"י הניח דבריו בתימה מדינא דרבא גבי הקדש :

ונראה לתרץ דבריו על יסוד מושגב ונכון לדינא, דעיקר יסוד דבריו שהרי באפותיקי מפורש גובה מן הלוקח ומן היורשים את השבח היתר על חובו, כאשר דברנו בזה לעיל [אות ה' ו'], [ואין להקשות דא"כ אמאי מכרו מכור לרבא, והרי באפ"מ לדעת הרא"ש (בפ"ק דב"מ סי' ל"ט, ועיין בש"ך סי' קט"ו ס"ק י"ט מ"ש לשיטת הרא"ב) מוציא גם הפירות מן הלוקח, דגם מכירה לרבי' ל"מ רק קודם העמדה בדין כדאיתא התם ודמי לאפ"מ טרם שהגיע זמנו שאינו יכול להוציא מן הלוקח את הפירות שמכירה חלה עד זמן פרעון, עיין תוס' ב"מ (דף ס"ו:) ד"ה כגון], וכיון שגובה את השבח היתר על חובו הרי דנגד לוקח ויורשים חשבינן ליה למלוה כלוקח ראשון, וכן מבואר באשר"י שם, ועוד ראיה מהאי דאיתא בפ' המקבל [דף ק"י] גבי יתומים אומרים אנו השבחנו דאמרינן דעל היתומים להביא ראיה דארעא כיון דלגובייתא קיימא כמאן דגבי דמי, ומבואר שם בש"ס ופוסקים דאיירי באפ"מ והוא ג"כ מטעם הנ"ל דחשבינן ליה ללוקח ראשון, ועי' רשב"א גיטין [דף מ'] שר"ת מביא ראי' לשיטתו מהאי דמקבל דבכל מלוה חשבינן לי' למוחזק כיון דקרקע אינה נגזלת, וכה"פ חולקים עליו והתם שאני דכיון דאיירי באפ"מ יעו"ש, ונמצא לפ"ז לא קשי' כלל מעשה שורו אפותיקי דהקדש מפקיע מידי שיעבוד דהתם כיון שמכרו אין בע"ח גובה הימנו, וכיון שיכול להפקיע לגמרי אזי בוודאי נסתלק מדין לוקח ראשון, וגם למפה"ג לא שייך ביה, משא"כ בשור המזיק דגובה מלוקח אזי דינו כמו בקרקע ותו אינו יכול להפקיע מידי שיעבוד דהרי הניזק אתי' עלי' הן מצד לוקח ראשון והן מתורת למפרע דהיינו משעה שמכרו כאשר הארכנו לעיל [באות ה'] מזה, ולא תיקשי לן דהרי כתבו התוס' שם ובב"ק [דף נ'] ד"ה הקדש הא דלא חשיב רבא דגם מכירה מפקיע מידי שיעבוד, משום דלא הוי כטעמא אחרינא, דמן הדין לא מפקיע אלא תקנתא דרבנן בעלמא הוא משום פסידא דלקוחות, וכיון שכן הדרא קושי' לדוכתי' דא"כ גם בשורו אפותיקי אמאי מפקיע ול"א למפה"ג כמו במזיק, ותו א"ל מפני שיכול למוכרו דזהו רק לאחר תקנתא דרבנן [ועי' בהשמטות] אולם כאשר נדייק היטב בדבריהם נראין הדברים שאין עיקר כוונתם בזה דלא חשיב רק מה שמפקיע מדינא דאורייתא דא"כ הוי להו לשנויי בקצרה ולא להאריך כל כך, ועוד דא"כ אמאי נמי מה שמפקיע הוא שאסור לאחר הפסח כאשר פירש"י בגיטין שם, וכן בתוס' ב"ק שם, וז"ל ובשעת איסור חמץ היה ברשותם וכו' ותו לא פקע יעו"ש, והוא ג"כ רק קנסא דרבנן, אך עיקר כוונתם דעיקר רבותא דרבא הוא שהלוה בעצמו אף שנשתעבד לו בשיעבוד גמור ואלים, אפ"ה יכול להפקיע שיעבודו דהיינו בהקדש ושיחרור, אבל במכירה עיקר הפקעה הבא מצד הלוקח, תדע שהרי אף היכא שלא מכרו לו רק שלוה מאחר ותפשו המלוה מהני תפיסה שלו כמבואר [בסי' ק"ז ס"ד ובסמ"ע סי' ת"ז ועי'], וזהו שדייקו התוס' ב"ק בדבריהם דלא הוי כטעמא אחרינא, אבל כשהקדישה הרי עיקר הפקעתו רק מצד הלוה וכן בשיחרור, [ועי' בבעה"ת (שער מ"ג חלק א' סי' ב') דגבי שורו אפותיקי כשמכרו והקנה לו בקנין כראוי אף שלא בא ליד הקונה אינו גובה ממנו, דזהו ג"כ רק מצד זכייתו של הלוקח, וכשם דתפיסה מהני ע"י משיכה והגבהה, אפי' שלא מדעת המלוה, ה"נ ע"י קנין אחר, ומה לי שבא לרשותו ממש, או ע"י קנין שהוא ג"כ מדינא ברשותו] :

י **אולם** עודנה הקושי' שהקשיתי לעיל על רבינו המהרש"א, משיחרור, קמה וגם נצבה, אכן אבי כמעט רגע נשיחה ונדברה, ונראה דשיטת רבינו כעמר נקי ולק"מ, והוא דהגם דמבואר בתוס' שם דלאביי דס"ל למפה"ג לית ליה דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד, וממילא היכא דגם רבא מודה לאביי כגון היכא דאינו יכול לסלקו בזוזי כמו בשור המזיק, וגם אם מכרו אינו מכור, אזי

הקדישו

הקדישו אינו מוקדם מדינא. אמנם כשנשים מטרת עיוננו בזה נראה בעליל שעודנו מרחק רב ביניהם, והוא דלאביי דאית ליה דלמפה"ג משעת הלוואה, אזי כיון שנסתלקו הבעלים לגמרי ממנו בשעת הלואה תו אינו חל כלל שיחרורו ודמי כאלו שיחררו אחר, מש"ה כתבו בתוס' דלאביי ל"א שיחרור מפקיע מידי שיעבוד, משא"כ לרבא כיון שהלוה יכול לסלקו בזוזי, רק הלוקח אינו יכול לסלקו ושפיר מלי טריף מלוקח או מן ההקדש דנגד זכיותיו של רשות ההקדש מחשבינן ליה כדין לוקח ראשון, או מטעם למפרע כדין אפ"מ דעלמא. אבל בשיחרור דלא מלינן לאתויי עליו נגד זכיותיו בעצמו מצד לוקח ראשון, [כמובן וכאשר נבאר קצת] רק כל היכא דמלינן לאתויי מצד המשחרר ששיחרר עבד שאינו שלו, אבל באפ"מ דלגבי הלוה הוי כשלו לגמרי דיכול לסלקו, רק מצד הזוכה וזה ל"ש בשיחרור שהרי גם העבד לא זכה לעצמו את צד העבדות שקנה האדון לעצמו שהרי משנשתחרר אינו חוזר ומשתעבד, רק שהעבדות נסתלק ע"י השיחרור לגמרי, והוא נעשה כישראל גמור ע"י שיחרורו אז, והיאך מלי בעל האפותיקי לאתויי עלי' דעבד מצד לוקח ראשון שהרי הוא בא עליו מצד קנין עבדות עצמו, והעבד בא עליו מצד חירות שנעשה כבריה חדשה שנכנס תחת כנפי השכינה ואין זה כלל מעניינו של זה, וזה בא בפרוזבוטו, וזה בא בפרוזבוטו, ואין להאריך עוד שהדבר מובן לכל ישר הולך לאמיתו :

אמנם כן כששחררו הלוה בעצמו, אזי לרבא מפקיע מידי שיעבוד, אבל כששחררוהו היורשים דלוה אזי אפי' לרבא אינו מפקיע מידי שיעבוד כיון דלגבי יורשים חשיב כאינו שלהם כמו בכל אפ"מ דעלמא, ומבואר הדבר בשיטת ר"ש בר"א הנ"ל דלאח"מ הבעל יוצא בשן ועין לאשה, ומובן הדבר ממילא דליורשי הבעל אינו יוצא בשן ועין, דהיאך נוכל לחלק את קנין הגוף לשניהם יחד, ולא מלינן לעולם רק עיקר קנין הגוף לאחד, ולשני קנין שיעבוד בעלמא, אבל לתווך עיקר קנין הגוף ל"א דאי דמר לאו דמר, אף דבעבדי ל"ב ל"ש כל דיני אפ"מ שהרי השבח של יורשים, זהו רק מצד תנאו דגם אם פחתו פחתו לו, אבל מ"מ לא נגרע שמץ דבר מכל זכות ורשות שיש לו באפ"מ דעלמא :

יא **ובעיקר** קושי' המהרש"ל ומהרש"א בתוס' גיטין דס"ל דאף לר' ישמעאל דבע"ח הוא אינו יכול לסלקו בזוזי ובב"ק [דף ל"ג.] סברי דלרי"ש יכול לסלקו, אמינא זה שנים כבירים דהא בפ' המניח עצמו סתרו בעלמא את דבריהם שהרי בד"ה הקדישו סברו דלרי"ש יכול לסלקו, ובדבור שאחר זה ד"ה א"ב וכו', וז"ל אבל הכא אם נתרצה הניזק לבסוף לקבל המעות ולא גבאו לרי"ש אינו קדוש עכ"ל, משמע להדיא דאם לא נתרצה אינו יכול לכופו, לכן נראה דס"ל כריב"א מובא בשמ"ק שם תד"ה מתניתין מני דאף לרי"ש א"י לסלקו בע"כ רק דלרי"ש ס"ל דומכרו את השור החי וכו', ולבי דינא קא מזהר רחמנא נעשה החלטה בב"ד, ולר"ע נעשה החלטה מיד בשעת הנזק כשיעמוד בדין זכה למפרע, והא דהקדישו ניזק ל"מ לרי"ש דהא כל היכא דאינו יכול לסלקו בזוזי ולמוכרו לאחרים אזי לכ"ע למפרע גובה, משום דאיירי שנתרצה הניזק לקבל מעותיו ולא גבאו יעו"ש, והאי דהחליטו בדבריהם בד"ה הקדישו דלרי"ש יכול לסלקו, היינו ג"כ כשנתרצה הניזק לקבל המעות בתורת סילוק לבד, כאשר נתנו לו המזיק בסילוק דמי היזקו, אבל לר"ע כל זמן שלא נתן לו בעד השור שקנוי בידו כבר משעה שהזיקו, עודנו קנוי למזיק עד שיקנהו לו ויאמר לו יהי קנוי בידך, וזהו מדוקדק בדבריהם דלמר יכול לסלקו ולמר אינו יכול לסלקו, והוא דלרי"ש יתבלע הדבר בתורת סילוק לחוד ותו א"י לחזור בו, ולר"ע יכול לחזור בו עד שירמזו בלשונו מענין קנייה דווקא :

סימן סה

עוד בסוגיא הנ"ל

א **הנה** בהאי פלוגתא דרבוותא ז"ל, דרש"י ותוס' הסכימו דלר"ע אינו מכור לרדיא, והא דקתני מכרו מכור אתיא כר' ישמעאל, ולרמב"ם אתיא כר"ע, [ועיין באות שאחר זה]. ונלענ"ד כדמות ראיה לדעת רש"י ותוס' מירושלמי פרק בתרא דשביעית, וז"ל המשעבד שדה לחבירו והלך ומכרה, ר"א מכורה לשנה, ר"י אומר אינה מכורה לשנה, חייליה דר' יוסי מן הדא, שור מלוי הוא להבריחו, שדה אינו מלוי להבריחה, הגע עצמך שהיתה מכורה לבעל זרוע, אמר ר' יודן אבוה דר' מתניה מלויין הן בעלי זרוע ליפול עכ"ל. ונראה לפענ"ד דה"פ, דחייליה דר"י הוא מדקתני גבי שור המזיק דמכרו מכור, אע"ג דלא גרע מאפותיקי מפורש, ואפ"ה מהני מכירה לשעה, אמנם מדנקטו בברייתא רק בפרט הזה ולא נקטו בדרך כללא דבכל אפ"מ מכורה לשעה, וממילא נדע שגם בשור המזיק כן הוא, ומדוע שביק כללא ונקיט ליה בפרטא, א"ו כיון דבכל מטלטלין אמרינן דלא סמכה דעתיה דמלוה לגמרי, אף דבמזיק דקלא אית ליה סמכה דעתיה, אמנם נגד מכירה לשעה דמלי להשתמט עצמו ומלוי להבריחו לא יצא מכללא דמטלטלין דעלמא. אמנם בקרקע דאינו מלוי להבריחה אפי' לשעתה אזי מחשבינן ליה נגדו כלוקח ראשון מיד, והדר הקשה ממכירה לבעל זרוע דנאמר תו דלא לגבות פירא מיניה, כיון דגביה לא סמכה דעתיה דאדמוקים ליה בדינא ודיינא, שמיט ואכיל להו, ומתרץ דל"פ רבנן בקרקע דמלויין בעלי זרוע ליפול, וממולא הדבר מובן דסייעתא לדעת רש"י ותוס', אבל לדעת רמב"ם דקאי לר"ע לא אדע לחפש ולתור מאיזה שור קא קשיא ליה לירושלמי :

ב **הקצוה"ח** [סי' ת"ז ס"ק א'] שהקשה לדעת תוס' דלר"ע אינו מכור לרדי', וברייתא דקתני דעד שלא עמד בדין מכרו מכור, ר' ישמעאל היא, דא"כ אף משעמד בדין אמאי אינו מכור ואי בשהחליטו לו אמאי במועד מכרו מכור, והניח בצ"ע. ומה שרצה לתרץ לדעת תוס' דלאחר העמדה בדין אינו יכול לסלקו לר' ישמעאל, והנה מעט אשר הליל בזה, דהרי לדעת ריב"א בשמ"ק, גם קודם העמדה בדין אינו יכול לסלקו, ואפ"ה קתני דמכרו מכור לרדיא, אלמא דכל זמן שלא קנוי לגופו מכרו מכור לרדיא, ולא איכפת לן במה שאינו יכול לסלקו כיון שעדיין לא נחלט לו בב"ד לגמרי, וגם הקצוה"ח שם הניח בצ"ע את שיטת תוס' מחמת קושיא הנ"ל. ונראה כיון דאנן פסקינן דמלוה קאכיל פירי מכי שלמו ימי אכרזתא [ב"מ דף ל"ה:] הרי אע"ג דעודנו לא החזיק בקרקע זו ולא עשה בו שום קנין המועיל נעשה כשלו לכל דבר ממילא, ע"י שנחלט לו בבי דינא, וטעמא דמילתא כיון שתיכף מזמן שהלוה לו אלים שיעבודו על נכסים שיש להם אחריות דלוה, לכן קנוי לו לגמרי בידו מעידנא דנחלט לו בבי דינא, אבל במטלטלין דלא אלים שיעבודו עליהם נראה דלא קנוי לו רק משעה שבאו ברשותו, שהרי דין זה לא אשמועינן אלא בקרקע דוקא דאלים שיעבודו מעיקרא, וכעין סברא זו מלינו ברשב"ם ב"ב [דף ס"ז], בהאי דהחזיק בעשר שדות דהיכא דנתן דמי כולם קנה להו, כיון דמעיקרא נשתעבדו לו אזי נקנים בידו בקנין כל דהו, ולהכי בשור תם דאף לרי"ש כיון דמלי טריף מלקוחות ונעשה כנכסים שיש להם אחריות ממש לגבי הניזק, כמובא בסמ"ע [סי' ת"ז ס"ק ה'] אם הניזק קודם שלוה מבע"ח ותפס הבע"ח אינו מועיל התפיסה דדינו כקרקע, ובקרקע בע"ח מאוחר שקדם וגבה לאו גבייה היא, עי"ש, לכן מעידן דנחלט לו בבי דינא, אף שעודנו ברשות המזיק ומכרו אח"כ לרדיא לא מהני מידי, אבל בשור מועד שהוא רק כמו שאר מטלטלין בכל מלוה, עודנו לא קנוי לו כל זמן שלא בא ברשותו ממש, ולהכי מכרו מכור אף לאחר שנחלט לו בב"ד :

ועוד נראה כיון דלדעת הפוסקים דבאפותיקי מפורש גובה שבחא ופירי, וגבי שור תם מהני מכירה לרדיא, וצ"ל כאשר כתבנו מזה לעיל [בסימן הקדוש אות פ'], דגם באפותיקי מפורש מהני מכירתו לשבחא ולפירי עד שיגיע זמן פרעון, ובשור תם דקנסא הוא, וקודם העמדה בדין דלא מלי גבי, כמלוה קודם זמ"פ, ועיין ב"מ [דף פ"ו] בתוס' ד"ה כגון, אבל לאחר העמב"ד אף שלא החליטו לו עדיין, ל"מ מכירתו לרדיא כ"ז שלא סילק לו היזקו, כמו בכל אפותיקי מפורש דעלמא לאחר שהגיע זמנו :

ועפ"י הנ"ל אפשר ליישב קצת גם קושי' הקצוה"ח [בסי' רמ"א ס"ק ו'] שדברי ריטב"א סותרים זה את זה, שהנמו"י ב"ב גבי מתנה על מנת להחזיר, מביא מתחלה בשם י"א, דדוקא אם הקדישו או מכרו ל"מ היכא דאמר לי דמידי דחזי ליה קאמר, אבל אם שיעבדו לבע"ח טרם שהחזירו, ואז חל שיעבודו עליהם, וכשהחזירו היה אז מידי דחזי ליה ואח"כ יכול הבע"ח לגבות מהם, וז"ל אבל לא נראה לי דא"כ היכי מהדר ליה מדח"ל, ואע"ג דאיפשר לסלקו במעות מ"מ

כשבא

כשבא זה וגובה ממנו איגלאי מילתא דלאו מדא"ל אהדר ליה הריטב"א ז"ל, עכ"ל. ובקידושין ה"ל שאם שיעבדה לבע"ח הרי הוא משועבד ומחזירה וגובה ממנו לאחר חזרה. ולפי הנ"ל נראה דהריטב"א בב"ב משמע ליה מדעת י"א דנקטו מתחלה בהקדישו ומכרו, אזי משמע דכל שלא מכרו לגמרי אפי' כשעשאו אפ"מ מטלטלי אגב קרקע אפ"ה גובה מן הנותן, וע"ז חולק הריטב"א עליהם, וזהו כוונת דבריו במ"ש ואע"ג דאיפשר לסלקו בזוזי, דהיינו הלוה עלמו, מ"מ כשבא זה וגובה ממנו, איגלאי מילתא דלאו מידי דחזי ליה אהדר ליה כמו בכל אפ"מ דעלמא דדינו ליה כלוק"ר, ובקידושין איירי בשיעבד מטלטלין אגב קרקע לחוד ולא עשאום אפ"מ :

ג **הנה** מדברי התוס' ב"ק [דף ל"ג] בד"ה איכא בינייהו, נראה להדיא דלאביי אמרינן גם לגבי קנס למפרע הוא גובה, ובגיטין [דף מ'] החליטו עוד דאפי' לרבא היכא דאינו יכול לסלקו בזוזי אמרינן למפרע ה"נ אפי' בקנס, וכל הרואה ישתומם, שהרי בב"ק שם מסקי דלר"ע דיתורא דקרא דומכרו את השור החי אמזיק ואניזק קאי, גלי לן קרא דזוכה משעת הנזק, אבל לר' ישמעאל דלבי דינא קמזהר רחמנא, אמאי יכול להקדישו, דהא לא זכי אלא משעת העמדה בדין, וביותר תמוה שהרי בעלי תוס' עלמם החליטו בכתובות [דף מ"ב] ד"ה ר"ש, דאם ייחד לו כלי לכשיעמוד בדין ויתחייב לו יהיה כלי זה מיוחד לו לגבות ממנו, דהוי דבר שלא בא לעולם ולא קני כלל, וכיון שאם הקנה לו בעלמו מדעתו ומרלונו לא קני, מאיזה מקום יתעלה זכותו מכח דינא דלמפרע. אמנם גם לולא דבריהם בזה קשיא, דהא פשיטא ליה בש"ס דלר' ישמעאל מכרו אינו מכור ויכול לגבות מלוקח, ואמאי הרי גברא אכתי לא נתחייב, דאשר ירשיעון אלהים כתיב, ולא מטעם מודה בקנס לחוד, כאשר רלו מקלת אחרונים לפרש בדבריהם בכתובות הנ"ל, רק כדברי הראב"ד [בפ"ב מה' גניבה הלכה י"א, ופ"א מה' עבדים ה"ג] דבקנס כ"ז שלא ילא הדבר מפי ב"ד לא נתחייב כלל, וכן משמע להדיא מדברי תוס' ב"ק [דף ע"ד] ד"ה אכתי, ובכתובות [דף ל"ג:] ד"ה לאו, דגבי קלב"מ מחוייב ללאת י"ש אבל גבי קנס כיון דלא מיחייב אלא עפ"י ב"ד, כדאמרינן אשר ירשיעון אלהים, אזי אפי' ללאת י"ש פטור :

אמנם נסורה לא ונתורה אחרי עיקר דינא דלמפרע גם אם נשבוק קנסא, הלא גם בכל מלוה יש להתבונן דהיאך מלי המלוה להקדישו ולמוכרו, כיון דמחוסר גובייניא דב"ד שהרי זולתם אין בגבייתו כלום, וכל היכא דתלוי בב"ד הרי זה דשלבל"ע כדאמרינן גבי לאחר שאתגייר, ולבל יתבהל הקורא לדחות בחלוקים שונים, חפשתי ומלאתי כן להדיא בתוס' סוטה [דף כ"ה:] ד"ה לאו כגבוי דמי וכו' וז"ל דהכא לכ"ע לאו כגבוי דמי והעמד ממון בחזקת בעליו, שהרי לריך דיינים ולאו בידו הוא כדאמרינן גבי גר מי יימר וכו' עכ"ל. אלא ודאי בע"כ צ"ל דהאי דאינו מקנה דשלבל"ע, הוא מטעמא דלא סמכה דעתיה כדאיתא ב"מ [דף ס"ז], אולם כל זה היכא דלית ליה עליה כלום, אבל היכא דאית ליה שיעבוד אליה עליו בלא זה שהרי אינו יכול למוכרו לאחרים, ותו לא העדיף בקנינו רק לנתקו משיעבוד לקנין, אזי לדבר מלער כעין זה מהני אף דמחוסר מעשה רבה כעין דשלבל"ע, ומעתה גם בקנס נלא ממבוכה הזאת, שהרי פליגי בירושלמי אם מהני מחילה בקנס, ופסקינן דמהני, ועיין ר"ן ס"פ אלו נערות בשם רמב"ן. תמלית כוונתם נראה בזה, האף אומנם דאמרינן גבי קנס אכתי גברא לא נתחייב, אבל כשיעמוד בדין אזי נתחייב למפרע, דגבי שיעבוד לא נגרע ע"י דמחוסר גובייניא, דגם בדבר שלבל"ע עלמו חל השיעבוד [ואפ"ה בעדים זוממין חייבים כמבואר במכות (דף ה'), וכן לענין תשלומי קנס שהרי אכתי לא היה העמדה בדין בלדק ובמשפט], ומש"ה מהני מחילה ג"כ, דבכגון זה כשם שחל חיובו בדבר שלבל"ע מהני ג"כ מחילתו, עיין במל"מ [בפ' פ"ו מה"א, ובפ' כ"ג ה"א] דבכגון זה מהני מחילה בדשלבל"ע, וכיון שחל שיעבודו שעה אחת מפסקו הב"ד ואמרו לא תן לו, וחל השיעבוד למפרע, אזי הדר דינו רק לנתקו משיעבוד לקנין, דהיינו משעת גובייניא ולמפרע, כמו במלוה דעלמא דאמרינן למפרע גובה כיון שאינו מנתקו אלא משיעבוד לקנין, אולם תדע דגם לאביי דס"ל למפה"ג זהו בדבר דאלים שיעבודו לגמרי ויכול לגבות מן הלקוחות, אזי מהני בקנין כל דהו, אבל היכא שאינו יכול לגבות מלקוחות בל"ז, הרי דע"י קנינו שיקנה יתעלה זכותו בעילוי יתירה מאשר היה לו ע"י שיעבודא, שוב הדר דינו לדבר שלבל"ע כנ"ל, ועיין רמב"ן במלחמות ה' בפרק כל שעה, דגם לס"ד דאמרינן גבי עכו"ם שהלוה, דמותר בהנאה לאחר הפסח, לאביי מחמת למפה"ג, הוא כששיעבד לו מטלטלין אג"ק שאינו יכול למוכרו, אכן היכא שיכול להפקיע ל"ש לומר דלמפרע הוא שלו דאי דמר לאו דמר יעוי"ש, ולהכי גבי מזיק דדינו כקרקע, כמבואר בש"ס כיון דנגח קלא אית ליה וכו' ולהכי אמרינן גביה למפה"ג, שהרי לא העדיף בקנינו רק זעיר שם שנתקו משיעבוד אלים לקנין, אבל גבי קנסא דעלמא לא מהני בייחד לו כלי, דהדר דינא לדבר שלבל"ע, כיון דקלים שיעבודא דמעיקרא, והן הן דברי התוס' בכתובות הנ"ל :

ד **בקצוה"ח** [סי' ק"ז סק"א] הקשה שדברי התוס' סותרים את עלמם, דבריש ב"ק [דף י"א] בד"ה שעשאו וכו' משמע דס"ל דשורו אפותיקי לא גבי מיתמי, וז"ל והשתא גבי מיתמי כמו מלוקח ואע"ג דמיתמי ל"ש טעמא משום קלא כמו בלוקח, עכ"ל. ולקמן [דף ק"א] ד"ה לוה, סברי דשורו אפותיקי גובה אפי' ממקבל מתנה, כיון דל"ש ביה פסידא דלקוחות, ונראה פשוט דלקמן קאי לדידן דפסקינן שיעבודא דאורייתא דמדינא דאורייתא אפי' דלית ליה קלא כלל גובה מלקוחות ומיתמי, רק במטלטלין הוא מטעם דשיעבוד נכסי מדין ערבות אתינן עלייהו, אכן במטלטלין ליכא מדינא דערב דלאו עלייהו סמך מלוה, כמ"ש רש"י ב"מ [דף ס"ז] ד"ה אין בע"ח גובה הימנו, ולהכי באפותיקי מפורש דחזינן דסמיך דעתיה, ואית ביה מדינא דערבות ושוה לקרקע בזה, רק כיון דלית ליה קלא אינו גובה משום פסידא דלקוחות, אבל מיתמי וממקבל מתנה דלית להו פסידא אוקמוה אדאורייתא, אבל בריש ב"ק דע"כ למאן דסבר דאינו גובה מעבדים קסבר שיעבודא לאו דאורייתא [דבמילי דאורייתא עבדי כמקרקעי דמי, יעוי"ש (דף י"ב) ד"ה אנא], וכיון דמדאורייתא אינו גובה כלל מיתומים ומלקוחות רק מתקנתא דרבנן משום נעילת דלת, וכיון שמלוה לא חשש בעלמו לפסידא דידיה ולא כתב שטרא, גם חכמינו ז"ל לא חששו ליה, וכן בעשה שורו אפותיקי כיון שלא חשש לעלמו דילמא ימכרם לאחרים, אזי גם ביתמי ומקבל מתנה לא תקינו בהם רבנן ואוקמוה אדאורייתא :

ועוד י"ל דבריש ב"ק איירי באפותיקי סתם, ואית להו נכסים שיש להם אחריות שהניח אביהם, ואפ"ה גובה מיתמי כהם שגובה מלקוחות אם מכר גם את"כ את הנכסים שהניח אפי' באפותיקי סתם, כמבואר בר"ן פרק השולח בשם הירושלמי, גבי והלוקח יחום לעלמו, ופסקינן כוותיה בש"ע [סי' ק"ז סעיף א' ובסמ"ע שם סק"ז], ולהכי גבי יתמי דשוה בזה כאילו מכר את כולהון, דאז גובה מלוקח ראשון אפי' באפותיקי סתם, וכיון דבאפותיקי סתם איירי דלית ליה פסידא למלוה אזי אינו גובה, רק גבי עבדא כהם שגובה מלקוחות, ולקמן איירי באפותיקי מפורש דאית ליה פסידא למלוה לגמרי, אזי גובה מיתמי אפי' גבי שורו אפותיקי כיון דלית להו פסידא ולמלוה אית ליה פסידא :

ה **עוד** רלוני לבאר בדין אפותיקי מפורש, אם המלוה יכול לכופו לסלקו במעות, והנה בנכסי צ"ב דאשה, מבואר הדבר ביה של שלמה יבמות [פ"ז סי' כ'] ובש"ע [סי' פ"א סעיף ד'] כתבו בשם הריב"ש, וז"ל אם האשה אינה רולה בהו, אע"ג דאית ליה לבעל מעות יכול לסלקה בכליה כיון שהמטלטלין ההם מיוחדים לה, ואין הבעל רשאי למוכרם גם נוטלתן בלא שבועה וכו' עכ"ל. ומדכתב הריב"ש טעמיה כיון שאין רשאי למוכרה, מכלל דבנכסי צ"ב דעלמא דל"ש בהו משום איזור ב"ד ולא משום שבח בית אביה דיכולה לכופה לסלקה במעו' בדאית ליה, וכן משמע מפשטא דש"ס ריש פסחים, וב"מ [דף ע':] כיון דאי לא יהיב זוזי אתי נכרי תפיש ליה לבהמה, ולא נקיט איפכא כיון דיכול לסלוקיה בבהמה, [וברש"י שם (דף ס"פ:) ד"ה אין מקבלין וכו' ובד"ה הרי וכו' אם לא אשיבנה לך משמע להיפוך]. אמנם באפ"מ לא מלאתי גילוי לזה, ולכאורה נראה מדברי ר"ן שבועות [ס"פ שבועת הדיינין] שמביא דברי רש"י גבי קתא, דכ"ז שהוא קיים ע"כ יגבה חובו וכו' וז"ל שם, ועוד ראיה מדקי"ל המלוה על המשכון ש"ש, ואם נאנס גובה חובו, וכיון שכן ע"כ כי איתיה נמי בעינא יכול לכופו לפורעו, דאי לא הו"ל כאפ"מ שאם שטפה נהר אינו גובה מאשר נכסים, עכ"ל הלריך לעניננו. משמע דבאפ"מ אינו יכול לכופו לפורעו, אמנם בתשו' רשב"א [סי' תתקמ"ב] מבואר להדיא דגם באפ"מ יכול לכופו לסלקו בזוזי היכא דאית ליה, יעוי"ש בתשו' דמזכיר הרבה פעמים דאמר ליה לא יהיה לך פרעון אלא מזו, [ואל תטעה בלשונו שמזכיר שם אפותיקי סתם, בהביאו דברי ר"פ פ' איזהו נשך אע"ג דאמור רבנן אסמכתא לא קניא, אפותיקי הוי למגבי מיניה וכו', ואסיקנא דאפי' אפותיקי לא הוי, אלמא כל היכא דשויא ניהליה

ניהליה אפותיקי סתם שלא אסמכתא גבי מיניה, ואין ללוה לסלקו בקרקע אחר, ולא המלוה יכול ליפרע מקרקע אחר, ומיהו היכא דאית ליה מעות בע"ח יכול לסלקו במעות וכן המלוה יכול לכופו לפורעו במעות עכ"ל, ותרצה לומר דזה קאי על אפותיקי סתם דווקא שהזכיר קודם לזה, דלא נראה כלל מפשטות דבריו דמשמע שמשיב על השאלה שנשאל מאתו באפ"מ, והא דמזכיר בתוך דבריו אפותיקי שהם, אין הכוונה באומר לו מזה תפרע רק שלא נסתבכה בתנאי כלל כמו התם בפרק איזהו נשך, ומלת שהם קאי אלמטה בלא אסמכתא דהיינו שנעשית סתם שלא על תנאי דאסמכתא], והא דמשמע מדברי ר"ן הנ"ל דגבי אפ"מ אינו יכול לכופו לסלקו במעות, זהו דומיא דקתא כיון שכבר נתרצה המלוה לפרוע רק מזה באם אפי' היכא דאית ליה נכסים לכן אינו יכול לכופו לפורעו כל דמי חובו כיון דאית ליה פסידא, ודמי קצת להאי דמבואר בתוס' גבי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות [כתובות צ"ב] ד"ה אי פיקח הע"ג דלא מפסיד מקרנא מ"מ מפסיד עי"ז מדינא דיליה:

סימן סו

בדיני דאומן אין לו חזקה

[ב"ב דף מ"ה]

יתבארו תל"י דברי רבותינו הראשונים ויתחדשו כמה חידושי דינים על מכונם, ויתיישבו כו"כ קושיות ודקדוקים עצומים, ופירוש הסוגיא בדברים נכוחים וברורים למוצאי דעת.

[וחידושים על סוגיא זו נתחלקו לשלשה סימנים].

בעזה"י פה ירושלים עיה"ק תובב"א.

א **בפירוש** רשב"ם בד"ה אמר רבה וכו'. וז"ל וצריך לשלם האומן לבעה"ב את בגדו או את כליו, א] מדוע עזב את פשוטן שהוא לענין גוף הכלים, ועוד דלענין תשלומין בעד בגד מתוקן, צ"ל דראו בידו מקודם לכן שהוא מתוקן, דאל"כ יהיה נאמן לומר לקחתיהו קודם ועודנו לא תקנתיהו, במיגו דהחזרתיהו עד שלא תקנתיהו, ולא יצטרך לשלם רק כמו שמסרו לו, להפוסקים דאמרינן מיגו לחצי טענה, ואפי' לשיטת החולקים [תוס' ב"ב ל"ג:] זהו היכא דיש לו מקום לטעות שבטענה דהשתא יתווכח על כולו משא"כ בשניה, אבל הכא תרווייהו שוים, [מיהו לפי מה שכתבנו בתפארת ירושלים ב"מ אות ד' ניחא], וא"ל דדמי לת"ז שיחזיר לו הכלים עד שלא נתקנו, דהתם גבי כלואה כיון שזכה בקנין הפירות עד זמנו, למה יתן לחבירו במאי שכבר זכה בו, משא"כ גבי אומן, מי לא שכיחא שיקרה לפניו עבודה קלה ומעולה מזו. ב] בד"ה אלא שמסר לו, וז"ל בעה"ב לאומן עליהו בפני עדים לתקנו וכו', דלפירושו קמה קושי' תוס' בד"ה אבל, דמאי איריא אומן אפי' אחר נמי כיון דמיירי שמסרו לו בפירוש לתקן:

ונראה דלרבה כשמסרו לו בעדים, וכן לדידן כשאמר לו בפירוש אל תחזיר לי אלא בעדים, אזי לגבי טענת לקוח איכא תרתי לריעותא, חדא שאין בתפיסתו ראיה שלקוחה בידו, כיון שבא לידו בתורת פקדון או לתקן, וגם מחמת התנאי דכיון שצריך להחזירו בפני עדים, דמ"מ החזרתי או לקחתי, ומעתה כשיטעון לקחתי בפני עדים והלכו למדינת הים אזי נאמן, הגם דאין בתפיסתו ראיה, נאמן בדלא ראו בידו במיגו דהחזרתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י לרוב הפוסקי' דעיקר טעמו משום דמיגו גרועה הוא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו, שהרי גם עתה מרחיק עדותו, וכן לדעת הר"ן ומגיד משנה, [הר"ן בפ' שבועת הדיינין בסוגיא דהמלוה את חבירו בעדים, והמ"מ בפ' ט"ו מהלכות מלוה הלכה א'], משום דמיגו במקום עדים הוא לא שייך הכא כיון דלטענתו קנהו בעדים. איברא זהו כשנחליט הדבר לומר דגם לקוח הוא בכלל חזרה, אכן יש מקום לדון ולומר דלקוח מילתא אחריתא ואינו בכלל חזרה, [וכעין דפסקינן גבי נאמנות בש"ע סי' ע"א סעיף ג' דמהני לענין פרעון אבל לא לגבי הודאה ומחילה], כמלא דבין לרבה כשמסרו לו בעדים, וכן לדידן כשהתנה בפירוש, דבבתא בטענת לקוח איכא רק חדא לריעותא, משום דאין בתפיסתו ראיה, ועי"ז מיגרע גרע לגביה דאפי' כשטוען לקחתי בפני עדים והלכו למדה"י, דלא מהימן במיגו דהחזרתי בפני פו"פ לרוב הפוסקים משום דהוי מיגו גרוע דהרוצה לשקר ירחיק עדותו, אע"ג שגם עכשיו מרחיקן, דהשתא אינו מעלה לו בטענה זו דהא ליכא ראיה בתפיסתו, ואי משום התנאי, הרי לגביה לא התנה. אבל בטענה שיטעון, שהוא, החזרתי בפני פו"פ והלכו למדה"י, אזי הלא עיקר הפטור דידיה הוא רק ע"י הרחקת עדותו. [איברא לדעת הר"ן והמ"מ הנ"ל פשיטא דאפי' כשטוען קניתי בלא עדים דנאמן במיגו כיון דלסברא זו לגבי לוקח ליכא אנן סהדי, ולקמן באות י"ב יתבאר], ולכאורה כדמות ראיה לסברא זו דלקוח ליתא בכלל חזרה, מאוקימתא דרבה לס"ד, דמתניתין מיירי בדאיכא עדים ולא ראה, ומדתנן בסתמא דאומן אין לו חזקה, ולא קא מפליג דהיכא דטען קניתי בפני עדים [ומסתמא מאן דזבין בפרהסיא זבין], דהשתא נאמן במיגו דהחזרתי בפני פו"פ שהרי גם השתא מרחיק עדותו, ברם לקושטא מוכח מדעת רבותינו הראשונים דגם לקוח בכלל חזרה, שהרי לדעת ר"ן ומ"מ הנ"ל דמיגו מעליא הוא, אלא משום דמיגו במקום אנן סהדי הוא דמסתמא לא החזיר לו בינו לבין עצמו, א"כ קשי' לרבה לס"ד דמיירי בדאיכא עדים ולא ראה, ואמאי אינו נאמן לקוח במיגו דהחזרתי בפני פו"פ, אלא ודאי דלקוח וחזרה חדא מילתא היא, וכי היכי דאנן סהדי שלא החזירו בינו לב"ע, ה"ה נמי לגבי לקוח, וכן מוכח מדברי רשב"ם כמו שיתבאר להלן, [ועמ"ש בזה בהשמטות]:

ב **איברא** נראה לפענ"ד דנהי דלקוח וחזרה שוים בזה, זהו בטענת לקוח בעלמו, אבל כשמביא עדים שקנהו, או במקום דאנן סהדי שקנהו ע"פ דת תוה"ק [כמו שיתבאר]. רק שפני הנידון הוא על מתן דמים בלבד, מסתברא דאפי' כשאמר לו אל תחזיר אלא בעדים, דנאמן לומר דפרעו בעד דמי החפץ כמו בעלמא, דהשתא מילתא אחריתא לגמרי היא, שהתנאי היה על החפץ גופיה, והשתא נסתבב פני הנידון על דמי החפץ, ולפ"ז שפיר איכא נפקותא רבה בין אומן לאחר היכא דמסרו לו בעדים לרבה, או לדידן כשאמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים, ולא ראו בידו השתא כשבאו לדון לפנינו, וקודם לכן ראו ביד הנפקד שגלמי בגדים וכלים שמסרו לו בעדים כבר הם מתוקנים בידו לבגדים וכלים מתוקנים, דהשתא גם לטענת המפקיד כבר קנאו בשינוי מעשה, ונסתבב פני הנידון רק על דמיו, דהשתא נאמן הנפקד שלקחו וכבר נתן לו דמיו, כיון דעתה מילתא אחריתי לגמרי היא, וע"ז לא התנו מתחלה, [ואפי' למקצת פוסקים דגוזל א"צ בעדים צריך להחזיר בעדים, (בש"ע סימן שס"א ס"ח ובש"ך שם), זהו היכא דבאיסורא אתא לידיה, משא"כ הכא דבהיתרא אתא לידיה מתחלה, (עיין בהשמטות), וגם השתא לפי טענתו שלקחו דנהי דאינו נאמן עפ"י הדין, אבל מ"מ לא הוחזק לגזלן בפנינו] אבל גבי אומן דליכא שינוי מעשה דמסתמא על דעת הבעלים השביחו, [דאפי' למ"ד אומן קונה בשבח כלי זהו היכא דנאבדו אפי' בפשיעה (ב"ק צ"ח:) עד שלא שילם לו שכרו, אבל היכא דאיתנהו ביד האומן, הרי בע"כ של האומן קנוי גם השבח ביד הבעה"ב בעד שכר מלאכתו דנעשה כאילו מעיקרא הכי התנו בהדי הדדי], וקנאוהו הבעלים גם את השבח כלו, דאפי' הטמין את הכלי כשבאו לטעון בפני הב"ד, הרי צריך לשלם לו בעד הכלי והשבח, דכיון דאינו נאמן בטענתו מפני שטענת לקוח וחזרה שוים, שוב צריך לשלם לו בעד שיווי הכלי והשבח, אבל אחר דומיא דאומן כשמסרו לו בגדים שאינם מתוקנים וראו בידו מכבר שהם מתוקנים, דאין צריך לשלם כלום ופטור לגמרי, ומשה"ע כתב הרשב"ם גם גבי אומן דנידון הוא על הדמים כי היכי דישתווה פני הנידונים כחדא, דכשם דגבי אחר הרי פני הנידון השתא רק לגבי הדמים, ה"נ באומן דאפי' היכא דליתנהו השתא הכלים קמן, צריך לשלם לו בעד כלים מתוקנים, וממילא מובן דגם למסקנא דרבה דמוקי למתניתין בדאיכא עדים וראה, דאיכא נפקותא זו בין אומן לאחר, ולא עוד אלא דעדיפא מיניה, דגבי אחר נאמן לומר אתה נתת לי לגמרי בלא דמים, דכיון דאין צריך להחזיר לו בעדים, והא דאינו נאמן בטענת לקוח אלא משום דאין ראיה בתפיסתו, ודמי לגודרות ודברים העשוים להשאיל ולהשכיר, והשתא גבי אחרים דכבר קנאו החפץ בשינוי מעשה תו נאמן לומר על הדמים דנתן לו החפץ לגמרי, דדמי לדינו של הרשב"א [מובא בב"י סי' ע"ב מחודש י"ט ובסמ"ע שם ס"ק ס"ב] על ראובן שטען על שמעון יש לך ספרים שלי והוא השיב לו, כן, אבל אני ערבתי בעדך, וכשבא המלוה לפרוע נתתי לו הספרים שימשכנם

שימשכנם להתפרע מהם וכן עשה וכו'. והשיב, שספרים אפי' תדירו אותם כדברים העשוים להשאיל ולהשכיר, אינם עכשיו בידו, וא"כ אין לו תביעה עליו בגופן של ספרים, עכ"ל. וטעם הדבר הוא שכל טעמו של דברים העשוין להשאיל ולהשכיר דאינו נאמן לטעון לקוח משום דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, וכל זה אינו רק לגבי גוף החפץ כשהוא בעין, משא"כ לגבי המעות דלית בהו חזקת מ"ק, ומש"ה גבי אחר דכבר קנה את החפץ בשינוי מעשה דאינו חייב לשלם כי אם דמיו ולגבי דמים תו ליכא חזקת מ"ק, מש"ה נאמן לטעון נתת לי, משא"כ גבי אומן כיון דמחוייב להחזיר את החפץ כמו שהוא אע"ג שמעמיתו ואינו מרוהו כיון דאנן מחזקינן דמסתמא עודנו בידו פשיטא דמחייבינן ליה שישלם דמי שוויו :

ג והא דמשני ברואה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס בדאיכא עדים וראה, וקשיא לרשב"ם הנ"ל דמפרש בדאיכא עדים שמסרו לו בתורת אומנות דא"כ אפי' אחר נמי בדאיכא עדים שמסרו לו בפקדון או בשאלה וראה בידו, ג"כ א"כ, ובזה ל"ש תירוץ הנ"ל כיון דל"ש ביה שינוי מעשה, וגם בטלית בי"כ הוי שינוי החוזר לברייתו. ויש לדחות דגבי אחר הוי מיתה השבח שלו דשבח גזילה דגזלן הוא, וכר"מ דעבדא כמטלטלין, משא"כ גבי אומן דע"ד בעה"ב השביחו. ונראה לתרץ ברווחא, כיון דגבי עבד מיירי בע"כ כשהחזיק בו ג' שנים וכמפורש ברשב"ם ולעיל בגמרא וא"כ בע"כ מיירי כשמשמש בו כל ג' שנים והיה כל זמן זה תחת רשותו לבד בכ"ד, וה"ט דליכא ראיה מדלא מיחו בו הבעלים, כיון שידוע לכל שהוא אומן אמרינן דבשכר האומנות שימש בו כל הזמן ההוא, אבל גבי אחר אפי' דידוע ע"י עדים שבאה לידו בתורת שאלה מתחלה הוה ליה למחויי אח"כ, שהרי אפי' בקרקע דבהב"ע ובאה לידו מתחלה בתורת משכנתא ואח"כ החזיק בה ג"ש הוי חזקה לכמה פוסקים מדלא מיחה בו, כיון שאינו ידוע לכל כמו גבי אומן, וגם בטלית בי"כ ניחא דנקט ליה בהדי עבד כמש"ת לקמן [אות ח'] דכל עיקר חזרתו של רבה הוא מדקתני לה בהדי הדדי, ועוד דרשב"ם לשיטתו דס"ל לעיל [דף ל"ו] שגם גודרות גופייהו יש להם חזקה לאחר ג"ש אע"ג דלאו בני שטרא נינהו, ולפ"ז גם בעדי פקדון וראה יש להם חזקה לאחר ג"ש, ומשום דקתני לה בהדי עבד דמיירי לאחר ג"ש, ודוקא אומן הוא דאינו נאמן אפי' לאחר ג"ש משא"כ בעדי פקדון וראה. אח"ז מצאתי בש"מ בסוגיא דרבה ב"ש [דף ל"ג] שכתב לסדיה כן לחלק בין אומן לאחר, ואפי' בדאיכא עדי פקדון וראה :

ונהניתי מאד שכוונתי הל"י לדעת הר"י מיגאש וגדולי הפוסקים הראשונים עיי"ש, וז"ל תד"ה לקוחה, והא דאמרינן דבדאיכא עדים כו' מסתברא לי דהתם דוקא במטלטלין ובחזקה דלאלתר כו' אבל בקרקע דחזקתן ג"ש כל חזקה ג' ראיה היא כו' והא דאמר רבא כו' אמטלטלין לחוד קאמר ולא אעבדים, כיון דחזקתן ג' שנים כו' אפי' איכא עדים וראה נאמן לומר חזרתי ולקחתי, עכ"ל. והא דמשמע מדבריו דדוקא בעבד הוא דל"מ עדי פקדון וראה כשהחזיק בו ג"ש, אבל במטלטלין מהני עדי פקדון וראה אפי' לאחר ג"ש, ה"ט דס"ל דגם בגודרות לא מהני אפי' כשהחזיק בו ג"ש דלאו בני שטרא נינהו, משום דכל עיקר חזקת ג"ש בשטרא תליא דעד ג"ש מזדהר בשטרא וכו'. אבל לרשב"ם דס"ל דגם בגודרות מהני חזקת ג"ש, דכל עיקר חזקת ג"ש במחאה תליא ידון ממילא דה"ה בעדי פקדון וראה מהני חזקת ג"ש [ועיין סי' קל"ה סעיף א']. ולמש"ל [באות ב'] דאיכא נפקותא רבתא לרבה בין אומן לאחר, בין למאי דקס"ד מעיקרא ובין למסקנא אליבא דרבה, מ"מ אתקפתיה דרבנ"י ממתניתין הכי אזדא ליה דהכי דאיכא נפקותא לדינא בין אומן לאחר גם לדידך, מ"מ מלתות ליטנא דמתניתין משמע דלאומן אין לו חזקה הוא משום דאין בתפיסתו ראיה של כלום, אבל גבי אחר יש לו חזקה בעלמותו דיש בתפיסתו ראיה, אבל לדידך דגם האומן בעינן עדים וראה וכה"ג גם באחר ליכא ראיה בתפיסתו, רק מטעם אחר נכתבב זכותו לפי דקנאו בשינוי מעשה ונתגלגל פני הנידון רק על הדמים וכמש"ל, אבל לולא זאת סלה שניהם האומן והאחרים שוים בראיית התפיסה :

ד והא דלא ניחא ליה לרשב"ם בתירוצו דתוס' [בד"ה אבל] דרבה מוקי לה במסרו לו סתם, הוא, דלשיטתו דעיקר טעמיה דרבה דלא סגי באומן בראה לחוד כמו בגודרות ודברים העשוין להשאיל ולהשכיר, דשאני אומן מפני שעודנו יכול לומר לו איך רגיל לתקן אצלי, א"כ גם כשמסרו לו בעדים בסתם עודנו לא פקע טענה זו, להכי הוכרח לפרש דמסר לו בעדים בפירוש לתקן, ומש"ה מפרש בתחלת הסוגיא שפני הנידון הוא על הדמים, גם גבי אומן, וכמש"ל [באות ב']. אכן בעלי התוס' דחולקין עליו בזה דס"ל דאין זה טענה כלל גם לרבה, רק דסברי דלרבה הוא מפום תקנת חכמים שתקנו לגבי אומן, דאלת"ה הרי א"א לאומנין לקנות כלים ובגדים רק בעדים וכיון שקנין הוא לעלמין ואתו בכיפי תלו להו, וגם הבעלים לא יפסידו עי"ז דכיון דמשך זמן התיקון ידוע ואינו לעולם, הרי יכול למוסרו לתקן בפני עדים, אבל בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר, וכן גבי גודרות דאיכא פסידא דבעלים מוקמינן ליה אדינא :

ובעיקר פלוגתייהו בטענה דאיך רגיל לתקן אצלי, מצינו כיוצא בו פלוגתא דרבוותא, עיין [סימן קל"ד סעיף ו'] גבי בן אומן לאחר מיתת אביו, אם נאמן לטעון אני קניתי ממך, כיון דאיכא למיתלי שירשו מאביו, וכן בש"ך [סימן רנ"ז ס"ק א'] בד"ה ומ"ש הט"מ בשם הרמב"ן ורשב"א וכו' וע"ש, אלמא דפליגי בכל הדברים שאין בתפיסתן ראיה דמוקמינן ליה בחזקת מ"ק, אם זהו היכא דנראה בעליל שאין בתפיסתן ראיה בבירור, אבל היכא דמספ"ל ואיכא למיתלי שאין בתפיסתן ראיה, כיון דלא נתברר לגמרי, מוקמינן ליה בתר חזקה דהשתא דעדיפא מחזקת מ"ק, [וזהו כדעת מהרש"א בסוגיא דהמחליף ב"מ דף ק'], או שגם בזה מוקמינן ליה בחזקת מ"ק [וכדעת מהרש"ל שם], וס"ל לרשב"ם דפליגי בכגון זה בטענת שאיך רגיל לתקן אצלי, רבה ואביי, ופסקינן כאביי, או משום דגם במספ"ל אם יש בתפיסתו ראיה מוקמינן ליה בחזקת מ"ק, או משום דבטענה זו עודנו לא נכנס לספק הספק :

ומ"ש הרשב"ם לחלק בין אומן לדברים העשוין להשאיל ולהשכיר משום דלכל שכניו הוא משאיל. צריך ביאור קצת, דא"כ מי שאינו משכניו יטעון ג"כ איך רגיל להשאילני וקניתי ממך. ונראה דמבואר בתוס' שבועות [דף מ"ו] בד"ה וספרא דאגדתא ובהלכות שם בארוכות, דהא דאמרינן שם דלאחזוקי איניש בגנבי ל"מ זהו דוקא על אדם ידוע, ומש"ה נמי גבי דברים העשוין להשאיל ולהשכיר, כיון דמשאיל לכל שכניו תו אין בתפיסתו ראיה גם לאחרים שאינם משכניו, דיכול לתלות שאחד משכניו מכר לו וא"י ממי הגיע לו, משא"כ גבי אומן שהרגיל לתקן ידוע לו, והדר דינא דלאחזוקי בגנבי ל"מ, [ועמ"ש בזה בהשמטות] :

עיין בש"מ שהקשה לדעת רשב"ם דבלא מסר לו בעדים אית ליה מיגו דלהד"מ שלא נתת לי לתקן מפני שאיך רגיל אצלי, א"כ מאי הקשה אביי לקמן מראה עבדו ביד אומן, דלהכי יש לומר דבראה לחוד סגי ליה, והוא דידעינן דרגיל לתקן אצלו, והניח בקושיא. ולפענ"ד נראה דבזה מיושב ג"כ מה שמקדים אביי לזה תירוצו דרבה על סיפא דמיירי ביולא מתחת ידי אחר דא"ל מיגו דמינך זביניתיה, דבזה תו א"א לומר דרישא מיירי בדידעינן דרגיל לתקן, דא"כ ליפלוג וליתני בדידיה, דהיינו באומן גופא דבדלא ידעינן נאמן במיגו דאיך רגיל, ומכ"ש גבי אחר דאית ליה מיגו דעדיף טובא :

ה בתוס' ד"ה א"ה וכו'. ונראה לתרץ דרך פלפול, וגם בתירוצא דרבה מי סברת וכו' לא ס"ד וכו' בהוא שפת יתר דלא לורך דיספיק לומר דס"ל דלבע"ע, ונראה דאביי הבין בדברי רבה דמסרו לו בעדים ואמר לו אל תחזיר אלא בעדים ואפ"ה קשיא ליה, וה"ט דס"ל דהא דא"כ במיגו דהחזרתי בפני עדים והלכו למדה"י, כיון שהתנו עמו בפירוש הוי כאנן סהדי, וא"כ גבי אומן נמי היכא דהתנה בפירוש שנתן לו לתקן ואל תחזיר לי אלא בעדים א"כ לומר חזרתי ולקחתי במיגו דהחזרתי בפני פו"פ דדמי למיגו במ"ע, כמ"ש [באות א'], אבל לדידך דאית לך דבראה לחוד גם האומן נאמן רק כל עיקר דינו דאומן לדידך הוא היכא דמסרו לו בעדים ואמר לו אל תחזיר אלא בעדים, וקשיא דא"כ אפי' אחר נמי, וצ"ל כתירוץ התוס' דמיירי במסר לו סתם דגבי אחר תלינן דמכר לו בתורת מכר ובהא לא תיטב בעיניך אל תחזירני אלא בעדים, וכהאי דתניא הלוקח כלי מבית האומן ע"מ לבגרו [ב"מ דף פ"א], אבל באומן תלינן דמסתמא בתורת אומנות נתנו לידו, והשתא כיון שעיקרו אינו בבירור גמור ויסודו הוא דתלינן בסתמא, השתא דאית ליה מיגו רחוק לומר דנחזור ונכנס מזה עוד לומר דהוי כמיגו במקום עדים, ובפרט לרבה דס"ל כל כמה דלא הוי כעדים גמורים מהני מיגו [ב"מ שם] גבי נכר פקוד, ועיין ברמב"ם פכ' ה"ב [פ' כ' הלכה מ"ו] כי"ב גבי ע"א שאביו כהן דלא מחזקינן בנו לכהן, [ועיין בזית רענן ח"ר דף ל"ח:], וע"ז מתרץ ליה מי סברת המפקיד וכו' אין לריך להב"ע ותלית ביה דמיירי בא"ל אל תחזיר א"ב, ומשום מיגו במ"ע

הוא

הוא ומש"ה ק"ל, לא ס"ד אלא דגם בהתם לל"ב ובהתם בוודאי ליכא אנן סהדי ופשיטא דמהני מיגו, ובפרט לרבה דאלים לדידיה לתורת מיגו כ"ז דליכא ראיה ברורה להיפוך, אלא דעיקר טעמא דלא מהני מיגו כזאת משום דטענה דבעי לטעון טענה גרועה היא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו:

ו **גם** לדעת רשב"ם דרבה מוקים למתניתין שמסר לו בפני עדים בפירוש בתורת אומנות, נראה ג"כ לתרץ קושיית תוס' וגם בתירוצו דרבה בסגנון הנ"ל ובהקדם דברי הסמ"ע סי' ע"א ס"ק ה' ובתומים שם ס"ק ג' דהיכא דנתן לו נאמנות בינו לבין עצמו דאינו נאמן במיגו דיכפור לגמרי בעיקר הנאמנות, דבע"כ צ"ל דנתן לו נאמנות אפי' נגד המיגו דאל"כ הרי לעולם יש לו מיגו זו, ולא מהני הנאמנות מידי, דבשלמא היכא שנתן לו נאמנות בפ"ע והשתא ליתא לסהדי קמן מהימן במיגו, ולפ"ז הכי קא קשי' ליה לאביי דקס"ד דרבה מיירי באמר לו בפירוש אל תחזירני אלא בעדים והא דלא מהימן במיגו דהחזרתי בעדים והלכו להם אפי' לרבה דס"ל בנהר פקוד דנאמן במיגו כ"ז דליכא עדים גמורים מה"ע כיון דהתרו בו והנפקד קיבל עליו ע"כ דכין דדעתו היה דאפי' במקום מיגו לא יועיל לו שהרי לעולם יהיה לו מיגו זו וא"כ התנאי זה יהיה לריק. איברא הא תינח גבי אומן לדידי דאית לי דבראה בידו בל"ז אינו נאמן, א"כ הרי בע"כ צ"ל דהתנאי היה אפי' במקום מיגו, אולם לדידך קשי' דקסברת דבראה לחוד האומן נאמן א"כ גם השתא שהתנה עמו א"ת אלא בעדים נאמינהו במיגו, כיון שהתנאי יש לו מקום היכא דיזדמן אח"כ עדי ראה, והאי דאיצטריך להתנות ולומר א"ת אלא בעדים שגם בל"ז לא מהימן בדאיכא עדים שתמא וראה, מ"מ איכא נפקותא היכא דעדי המסירה לא יכירוהו בע"ע אלא בסימן אמלעי לחוד דזולת התנאי היה נאמן לומר שהחזיר לו את שנתן לו ואת זה שראוהו בידו אחר הוא שנזדמן ג"כ בס"א כזה ובא לידו בתורת מקח מתחלה, וכמ"ש הש"ך בסי' רל"ז הנ"ל ועיין סי' קל"ד סעיף ג' דלדידן דבראה לחוד סגי אם אינם מכירים בע"ע אלא בס"א אם טוען לא נתת לי מעולם ושלי הוא שנזדמן בסי' כזה הוא נאמן דבסימן אמלעי אין מוציאין מחזקתו, אבל היכא שטוען לקוח בידי א"כ במיגו לפי דטענה גרוע' היא שנזדמן סימן כסימן ולהכי התנה עמו דבל"ז הי' נאמן לומר את שמסרת לי בעדים החזרתי לך, וזה לקוח בידי מתחלה, משא"כ היכא דהתנה א"ת א"ב דאיכא תרתי לריעותא, חדא שהחזיר לו שלא בעדים ועבר ע"ת, ועוד דנזדמן סימן כסימן ותלינן דמהתמא לא יטעון כן, [וגם אם יטעון כן איפשר לומר דאינו נאמן מחמת דאיכא תרתי לריעותא], ובמיגו דא"ב יטעון כן הלא מיגו גרוע כזה בוודאי לא אמרינן כדאי' בש"ע, ובזה גם רבה מודה דהיכא דאיכא ריעותא בטענה דאי בעי למיטען ל"א. אבל לאביי הלא סגי בעדי ראה לחוד דשוב אינו נאמן בטענת לקוח שאין בתפיסתו ראיה ואין לומר דמ"מ גם לאביי זמנין דעדי ראה לא יכירוהו גם כן אלא בסימנים דמ"מ כיון שהטלית לפניכו הלא בקל יכול להביא את שכיניו וב"ב שיכירו בע"ע שהיה שלו וע"ז משני ליה מי סברת וכו' דאלל"ב ולכן הרלא לשפוט שפוט דמיירי בא"ל א"ת א"ב ומשום תנאי יתירה הוא דל"מ מיגו ושפיר קא קשי' לך, לא כן אלא דמיירי בסתם ואפ"ה צריך להחזיר בעדים ולא מהימנינן ליה במיגו אפי' לדידי דאלימנא לתורת מיגו, זהו היכא שהוא מיגו מעלי' בטענה דבעי למיטען משא"כ הכא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו:

ז **בתוס'** ד"ה המפקיד וכו' עד הס"ד. ומקודם נבאר ביאור דבריהם בפשטא שאין להם ביאור כלל כיון דה"ה עיקר הקושי' קאי משום מיגו דנאנסו גם בלא זה הו"ל להקשות בעיקר דברי רבה דנהימניה במיגו דנאנסו וכבר עמד בזה המהרש"א, ונראה דמתחלה נוכל לומר דרבה ס"ל כדפריך רב אחאי בשבועות [דף מ"א:] ממאי דבשעת הלואה קאי דילמא בשעת תביעה קאי, נמצא דכ"ע אית להו דמלוה בעדים צריך לפורעו בעדים וריב"ב לא פליג בזה רק דס"ל דאם טען פרעתיך בפני פלוני ופלוני נאמן, אבל מטעם מיגו לכ"ע ל"מ וכמ"ש תוס' שם בד"ה תיובתא וכו' במסקנת דבריהם, וכיון דעיקר הדבר הוא לכ"ע דצריך לפורעו בעדים, אזי יש מקום לדון ולומר דלמ"ב דל"מ במיגו דפרעתיך בפני פו"פ דהוי טענה גרוע' משום דכל הרוצה לשקר וכו', אלא אפי' גם בפקדון דיש לו מיגו דנאנסו ג"כ לא מהימן משום דהוי כאנן סהדי דלא החזיר לו בינו לבין עצמו וכמ"ש הר"ן שם בטעם הדבר דלא מהימן במיגו דפרעתיך בפני פו"פ, ולא משום דמיגו גרוע הוא, אכן לבתר דמשני רבה בדאיכא עדים והוא דראה שפיר קא מקשה ליה והא את הוא דאמרת דצריך לפ"ב, דא"ל דרבה ס"ל כתנאי דלל"ב והברייתא אתי' כתנא דאלל"ב, דהשתא דאיכא פלוגתא בעיקר הדבר גם גבי הלואה, אזי הסברא להיפוך דע"כ צ"ל אלא בהלואה דלית ליה מיגו מעליא אבל בפקדון לכ"ע מהימנינן ליה במיגו דנאנסו, דמה"ת נשימה הדבר בפלוגתא רחוקה כ"כ דחד ס"ל דאפי' בהלואה דל"ל מיגו מהימן, ואידך יסבור דאפילו בפקדון דאית ליה מיגו מעלייתא לא מהימן משום דדינן כאנן סהדי:

ח **ולענ"ד** נראה בביאור הסוגיא בזה דגם מעיקרא ס"ל דמיגו דנאנסו מיגו מעלייתא היא ולא דנין את פני הדבר כמיגו במקום עדים בפרט לרבה דס"ל דכל כמה דליכא ראיה ברורה להיפוך אזי מהני ליה המיגו [ב"מ פ"א:], רק דאיפשר לדון ולומר דרבה מוקים למתניתין דאומן עוסק באומנתו במקום רואים דצריך להביא ראיה כדאיתא [ב"מ פ"ג], אכן מברייתא דקתני עבד בהדי טלית נשמע דגם במקום שיש רואים דל"ל מיגו דנאנסו אפ"ה דווקא בראה בידו טרם שנתווכחו ביניהם הוא דאינו נאמן, ולכן הוכרח רבה מזה לחזור ממה דס"ל מעיקרא, דהנה יש לספק בדינא דאיסי ב"י דס"ל דאם יש רואים צריך להביא ראיה אם הוא דווקא בדבר שיש בו דיני שומרים ונתחייב בשבועה לכן במקום שיש רואים לא מהימנינן ליה בשבועה אבל בדבר שאין בו דיני שומרים כגון עבדים וקרקעות דלא נתחייב לישבע איפשר דבזה אפי' במקום שיש רואים א"ל לה"ר וכן מסתבר, וראיה מדברי רש"י שם בד"ה וז"ל אייתי ראיה ואינו נאמן בשבועה אלא בעדים, עכ"ל. והוא שפת יתר שהרי מפורש כן בדברי איסי גופי', אלא דקמ"ל דדוקא היכא דצריך שבועה הוא דאינו נאמן אלא בעדים, ולפ"ז שפיר קא מותיב ליה אביי מברייתא דקתני עבד וטלית בהדי הדדי ובע"כ דבחד גוונא קמיירי וכיון דקתני ראה גבי עבד בע"כ צ"ל דמיירי בכל גווני דאפי' במקום רואים צריכים לעדי ראה דכיון דאין לו ד"ש אזי לעולם יש לו מיגו דנאנסו וכיון שכן ממילא גם גבי טלית לעולם צריכין לעדי ראה אפי' במקום רואים אע"ג דלית ליה מיגו דנאנסו אלמא דאין צריך לפורעו בעדים ונאמן במיגו דהחזרתי, ועיין:

ט **שם** בסה"ד וז"ל אבל אין נראה כו' דאל"ה תיקשי מאי פריך ליה אביי מהיא דראה כו' הא איכא תנא בשבועות דא"ל המלוה את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים ויסבור רבה כוותיה, ולכאורה הוא מן התימה דהא לא מלינו תנאים חולקים בזה היכא דהלוה לו סתם אי מחוייב להחזירו בעדים או לא, הן לפי ס"ד דש"ס התם בשבועות מא"י, הן לפי מאי דפריך רב אחאי כמבואר למעיין שם, דלפי ס"ד דש"ס הוי מחלוקתן דת"ק וריב"ב באמר לו בפירוש א"ת לי אלא בעדים אבל היכא דהלוה לו בסתם כ"ע מודים דא"ל להחזיר בעדים, ולמאי דפריך ר"א הוא דבאמר לו בפי' כ"ע מודים דחייב והיכא דהלוה לו בסתם אזי ג"כ לכ"ע צריך להחב"ע, ומחלוקתן הוא באומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י אי מהימן אי לאו אבל בינו לב"ע לא מהימן כמבואר בתוס' שם ד"ה תיובתא, וא"כ שפיר פריך ליה אביי לרבה מברייתא דראה עבדו דממנ"פ היכי ס"ל אי ס"ל כס"ד התם א"כ ליכא מאן דס"ל דצריך להחב"ע ואי ס"ל כדפריך ר"א שם א"כ לכ"ע ס"ל דצריך להחב"ע וא"כ ברייתא זו אמאן תרמייה, א"ו דשאני לן בין פקדון להלואה דגבי פקדון מהימן לומר החזרתי במיגו דנאנסו משא"כ גבי הלואה דל"ל מיגו, [וא"כ קשיא לרבה איך חולק אברייתא בדבר דליכא פלוגתא דתנאי]. אמנם מלינו מחלוקת ב"ש וב"ה בהא דהמפקיד אצל חבירו בעדים [עיין קידושין מ"ג.] גבי אחד שליח ואחד עד דנחלקו ב"ש וב"ה אי הוי קידושין אי לא ומדנקט סתמא משמע אפילו היכא דנתן כסף קידושין לשליח בפני עדים, וכן משמע נמי מדמקשה שם ע"ב לר"נ עיי"ש ברשב"א דמסתמא מסר להם בעדים, והשתא ניחזי אנן למאן דס"ל דהוי קידושין בע"כ צ"ל דס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים ונאמן אפי' בלא שבועה דאלת"ה היכי הוי קידושין [דא"ל משום דא"ל מיגו דנאנסו דהתם ל"ש טעמא דל"מ דהוי כמיגו במקום עדים שהרי לדיבורו עשה שליחותו] דהא כל עד הצריך שבועה לא הוי עד, והשתא נוכל לומר דאפי' מאן דס"ל דלא הוי קידושין נמי ס"ל דא"ל להחזירו בעדים ומטעם אחר הוא דלא הוי קידושין משום דשלוחו של אדם כמותו עיי"ש, והשתא הוי קושיית התוס' על הר"א דלעולם נימא דרבה ס"ל כדפריך ר"א שם דלכ"ע צריך לפורעו בעדים וברייתא נוקמא כהך דקידושין דבע"כ ס"ל לאו

מהם

מהם דא"ל להחזירו בעדים ומאי קשי' ליה לאביי מהך ברייתא כלל, והשתא כאשר בררנו קושי' התוס' דמערת כוונתם היתה לאוקמא הברייתא כהאי מחלוקת דקידושין הנ"ל, נוכל ליישב דברי הי"מ וגם דברי התוס' על מכונם יבואו וכל אחד ואחד לשיטתו, והוא דשרש המחלוקת ביניהם הוא כעין מה שהובא באה"ע [סי' ל"ה] בחלקת מחוקק [סק"ג] ובב"ש [סק"ה] עי"ש דהיכא דהיה עוד אחד עם השליח המסייעו דאז הוי קידושין משום דכל מה דפסלינן לשליח משום דצריך שבועה וכאן הא איכא עד המסייע דפוטרו משבועה והדר הוי ליה עד כשר, והוא דעת הרמב"ם וההולכים בשיטתו. אולם לדעת הר"ן וההולכים בשיטתו ס"ל דלא הוי קידושין, ומפרש שם בח"מ טעמיה משום דדמי' להא דאמרינן נפיק קולא ממונא כי ריבעא אפומא דחד. והנה התוס' נקטו ליסוד מוסד דעד המסייע לא מהני ליה להכשירו וכיון דלא מהני ליה עד מסייע בע"כ צריך לאוקמי טעמא דמ"ד דהוי קידושין משום דס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים א"צ להחזירו בעדים ומשום הכי הוי קידושין דמהימנינן ליה לשליח במיגו דאהדרינהו לבעל ואז נאמן בלא שבועה כלל דליכא למימר דמהימנינן ליה במיגו דנאנסו דהא אילו הוי טוען נאנסו הוי מחוייב לישבע וממילא גם עכשיו צריך לישבע וכל עד הצריך שבועה לאו עד הוא ועד אחד המסייעו לא מהני ליה אלא בע"כ צ"ל דס"ל דא"צ להחזירו בעדים, וכיון דמלינו מכח ההכרח מאן דסבירא ליה דא"צ להחב"ע שפיר קשי' להו דאי ס"ד דסברת רבה הוא משום דהוי כאילו אמר לו בפירוש א"ת אלא בעדים ולא מהימן אפי' בשבועה א"כ מאי מקשה ליה אביי מהאי דראה נימא דרבה ס"ל כדפריך ר"א שם בשבועות וברייתא נוקמא כהאי מחלוקת דקידושין. אמנם הר"ח הנ"ל ס"ל דשליח ועד אחד הוי קידושין מעלייתא משום דעד המסייע פוטרו מן השבועה וכדעת הרמב"ם הנ"ל ותו לא צריכין לאוקמי טעמא דמ"ד בקידושין דהוי קידושין משום דמהימנינן ליה במיגו דאהדרינהו דבטענת אהדרינהו לא הוי מהימנינן ליה אפי' בשבועה וכסברת רבה הנ"ל, כיון דלא מלינו בהדיא מי שחולק וס"ל דהמפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזירו בעדים, אלא טעמא משום דמהימנינן ליה במיגו דנאנסו ולאו משום דמחוייב שבועה הא אית ליה עד המסייע הפוטרו מן השבועה והדר הוי ליה עד גמור [ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק כ"א ובתומים שם ס"ק פ'], וממילא קמה קושיית אביי וגם נגבה מכח ממנ"פ דאי ס"ל לרבה כס"ד דשבועות אזי לא מלינו שום מ"ד דס"ל היכא דנתן לו סתם דצריך לפב"ע ואי ס"ל כדפריך ר"א שם בע"כ כולהו ס"ל דצריך לפב"ע וא"כ ברייתא כמאן נוקמ' אלא וודאי דשאני לן בין פקדון להלואה משום דגבי פקדון אית ליה מיגו דנאנסו ומהימנינן ליה בשבועה דלא כרבה משא"כ גבי הלואה דל"ל מיגו דנאנסו ובמיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני לא מהימנינן ליה כסברת הרא"ש שם משום דלא הוי מיגו מעליא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו עיין שם:

י שם בתוס' הנ"ל וז"ל. ונראה לו לתרץ דהכא לא חשיב מיגו דטעמיה דמ"ד דצריך להחזירו בעדים משום כיון דלא הימני' בשבועה כדאמר בשבועות וכו' דהוי כאילו א"ל בהדיא אל תחזיר לי אלא בעדים, הילכך ל"מ במיגו דאיהו דאפסיד אנפשיה, אבל התם בהמוכר סבר דא"ל להלב"ע ולא חשיב כאילו אמר א"ת א"ב ולכך נאמן במיגו וכו' עכ"ל, ויש לדקדק מ"ש כיון דלא הימני' בשבועה, דעל איזה שבועה קאי, שכבר הקדימו לעיל דבזמן המשנה והברייתא עודנה לא נתקנה שבועת היסת, ואם על החזרתי במיגו דנאנסו דצריך לישבע שבועה דאורייתא קאי, מנ"ל דלא הימני' בשבועה זו, דאע"ג דהתנה בפירוש א"ת לי אלא בעדים דלהכי התנה כדי שיתחייב לישבע שד"א, דבלא"ה היה נאמן בל"ש לומר החזרתי בלא מיגו: **ונראה** דעיקר דבריהם קאי על הקושי' שהקשו, דא"כ מאי הקשה הש"ס מברייתא דראה, אי דאיכא עדים ל"ל ראה, הא מהני ראה דאפי' בשבועה לא יהא נאמן, וע"ז תירצו דהכא פי' גבי עבדו ביד אומן לא חשיב מיגו, ושיעור דבריהם הכי, דכיון דטרח למסור לו בעדים הוי כאילו התנה בהדיא אל תחזיר לי אלא בעדים, ולהכי גבי מטלטלין כיון שעל ידי תנאי זה לא יהיה נאמן לומר החזרתי אלא במיגו דנאנסו ויתחייב לישבע שד"א הרי הועיל התנאי לזה, מש"ה נאמן בשבועה אפי' כשהתנה בפירוש דהתנאי לא היה לבטלה, אבל גבי עבד כיון דאין נשבעים עליהם, אם נאמר שנאמינהו במיגו דנאנסו אזי יפטר גם משבועת היסת, [ועי' בש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ה, ומ"ש לקמן אות י"ב], דאין נשבעין על טענת ספק, וא"כ יהיה התנאי לבטלה לגמרי וללא הועיל כלום כיון דלעולם יש לו מיגו זו, ודמי למ"ש לעיל [באות ו'] בשם הסמ"ע, דהיכא דנתן לו נאמנות בינו לב"ע דלא מהימן במיגו כיון דלעולם יש לו מיגו זו, בע"כ הכי קיבל עלי' מעיקרא. וזהו שכתבו רבותינו בעלי תוס' דהכא לא חשיב מיגו, פי' גבי עבד כיון דאין נשבעין עליהן, אלא אמרינן דמעיקרא הכי קיבל עלי' דלא יהיה נאמן במיגו:

ומ"ש אבל התם בהמוכר סבר דא"ל להב"ע, הגם דהתם במטלטלין איירי, כוונתם דמסוגיא דהתם מוכח דאזדא ליה כמ"ד דאין צריך להב"ע מדמקשינן שם סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי, משמע דהם לאו שבועה בעי היה ניחא, ולמ"ד דצריך להב"ע הרי הוא להיפוך, דאז לא היה נאמן כלל במיגו:

יא שם בגמרא היכי דמי אי דאיכא עדים למה לי ראה, מקשין העולם לדברי תשובת הרא"ש [כלל ס"ו סי' ח' מובא בכללי מיגו] דמיגו במקום עדים פסולים לא אמרינן, משכחת לן, דאיכא עדים פסולים, ועוד ק"ל דמשכחת לה בעדי הודאה שהודה האומן בפניהם שנתן לו לתקן, דבהודאה לחוד לכ"ע א"ל להב"ע, כדאיתא בשבועות [דף מ"א:] הנא כי אמרי היכא דמעיקרא אוזפי' בעדים, וגם מקשין העולם דנוקים ליה בע"א שמסר לו, דל"ל מיגו להכחיש את העד והו"ל מתוך שא"ל"מ, ואתיא כר' מאיר דנשבעין על העבדים, ונראה דהנה יש לחקור לרבה דאית ליה היכא שמסרו שלא בעדים אע"ג דאומן מודה שבא לידו בתורת אומנות, דנאמן במיגו שלא בא לידו בתורת אומנות רק בתורת מקח, ובזה האומן נאמן דלא תלינן דמסתמא בתורת אומנות בא לידו רק היכא דאיכא עדים שמסרו לו בת"א הוא דמוציאין מידו, אם זהו דוקא היכא שבעה"ב תובעו בטענה זו שבא לידו בת"א, אבל היכא דתבעו בסתמא ואומר מה טיבו אצלך, אע"ג דאומן בעצמו מודה שבא לידו בת"א, מ"מ דינו כמו תרי הודאות דסתרי הדדי, וכמו דאיתא בגיטין [דף מ':] גבי נתתי לך והוא אומר לא נתת דמוקמינן ביד המוחזק, ועיין בחידושי רשב"א שם בשם הראב"ד, ונראה דאפ"ה מוציאין מיד האומן, דבעה"ב נאמן שלא מכרו לו במיגו דנתן לו מתחילה בת"א, ואי משום מיגו להוציא דשאני מיגו זו שאז היו עדים מסייעין לו, וכיון דבמקום שחזקה מסייע לו אמרינן מיגו להוציא כמ"ש ריש כללי מיגו, כ"ש הכא דעדים מסייעים לו, [כיון דעדים מסייעים לו בגוף הממון שלא לקחו], איברא זהו בעדים כשרים, אבל בעדים פסולים אע"ג דאומן בעצמו אומר שבא מתחילה לידו בת"א ואח"כ קנאו מבעה"ב כיון דאיכא הודאת בעה"ב להיפוך, וא"ל דנאמין לבעה"ב במיגו, כיון דליכא עדים כשרים דמסייעו ליה הדר הוי ליה מיגו להוציא [וכן מבואר בקיצור כללי מיגו דין ג' דבמטלטלי חשיב כה"ג מיגו להוציא אף דאית ליה חזקת מ"ק], הגם דרבה ס"ל דאמרינן מיגו להוציא, שאני התם דהוי מיגו דא"ב שתיק לגמרי כיון שכבר יזכה בדין ע"י טענה ראשונה כמ"ש בתוס' ריש ב"מ ד"ה וזה, וגם בל"ז הרי אית ליה לאומן מיגו, ואי משום דאינו יכול להעיז להכחיש עדים פסולים, כיון דהודאת בעה"ב מסייע ליה מעיז ומעיז, וכן בע"א בכה"ג דבעה"ב מודה שלא בא לידו בת"א, והאומן מודה שבא לידו בת"א ואח"כ לקחו ממנו, וע"א מעיד שבא לידו בת"א, תו לית בזה דין מתוך אפי' למ"ד דנשבעין על העבדים, דכל עיקר טעמו לפי דלא חציף להכחיש את העד ובשבועה אבל הכא דהודאת התובע מסייע ליה מעיז ומעיז, ועוד כיון דתרי הודאות מוקמינן לחזקת ממון בחזקתו, מאי אמרת דנאמין לבעל הבית משום מיגו, הדר הוי ליה מיגו להוציא, כיון דל"ל שני עדים דמסייעין לו:

ואין להקשות לטעם הראשון שכתבנו דכיון דהודאת בעה"ב מסייע לו יכול להעיז, דהכתי נאמין לבעה"ב משום מיגו, ואי משום מיגו להוציא כיון דכל עיקרו של מיגו זו רק לדחות המיגו דהידך וכל כה"ג מהני אפי' להוציא [וכמ"ש לעיל סימן כ"ח אות י"א על דברי רמב"ן מובא ברא"ש ס"פ שבועת הפקדון], ז"א, דממנ"פ אם נידון פני הדבר כמו שטענו לפנינו אכתי הרי איכא מיגו לאומן וכמ"ש, [דבשלמא התם עיקר המיגו של התובע הוא רק להאמינו שלא אבד השטר בפשיעה, וע"י זה אזדא ליה ממילא המיגו דהידך כיון דליכא ריעותא דנפילה, ועיין עוד בהשמטות וביאורים], ואם נבוא לדון כאילו טענו השתא הטענה דבעי למיטען, הרי כבר מכחיש את העד ונאמן בשבועה, ועיין, וממילא מובן דגם בדאיכא עדי הודאה שהודה האומן בפניהם שבא לידו בת"א, ובעה"ב

ובעה"ב הודה להיפוך, ג"כ האומן נאמן שלקחו אח"כ, אע"ג דל"ל מיגו כמו בכל תרי הודאות דסתרי אהדדי דאזלינן בתר המוחזק, וא"ל דנאמין לבעה"ב במיגו, דהדר הוי ליה מיגו להוציא, ולאי משום דהודאת הנתבע מסייע ליה, כיון דבגוף הממון אינו מסייע לו, דנהי דהודה שבא לידו בת"א, הרי טען שהוא שלו שלקחו אח"כ, וכל שאינם מסייעין לו בעיקר הממון, איננו יוצא מסוג מיגו להוציא [אולם בדבר שדנין משום העזה כל שמסייע לו בזה יכול להעיז, ועיין], דבשלמא היכא דאיכא שני עדים דמסרו לידו בת"א כיון דאזלינן בתרייהו ומוציאין מיד המוחזק וכיון דמחזקינן על ידם ואמרינן דמתחילה ועד סוף נשאר בידו בת"א, לכן אע"ג דבעה"ב הודה שלא בא לידו מתחילה בת"א מהימנינן ליה במיגו, דכיון דעדים מסייעין לו בעיקר הממון אמרינן גם מיגו להוציא, משא"כ בעדי הודאה שכל עיקרו רק על ידי הודאתו של האומן והרי לועק ככרוכיא שקנאו אח"כ, ודמי להא דאמרינן בשבועות [דף מ"א ע"ב] איננו אמרי אוזפינהו ואיננו אמרי פרענוהו:

ועוד נראה בטעמא דמסתבר ביותר, דבשלמא בעדים שבא לידו בת"א שנתקיים הדבר ע"י עדים, דתו אי איפשר שיתבטל עדותן לכן שפיר מהימנינן לבעה"ב במיגו, אבל בעדי הודאה לחוד שכל עיקרו רק ע"י הודאה של הבע"ד דאיפשר שיבטל אח"כ הודאתו ע"י אמתלא ברורה [ועיין בקצה"ח סי' פ' לדעת הר"ש הלוי], תו ל"ל מיגו לבעה"ב, דכשיטעון שבא לידו בת"א מה אהני ליה דכיון שהיא טענה כוזבת אזי יתברר האומן אח"כ באמתלא ע"י הודאתו ואז תהיה בחזקת אומן לרבה, אף שבעה"ב טוען שבתורת אומנות בא לידו, משא"כ השתא א"ל לאמתלא כיון שבעה"ב הודה בהיפוך, ודינו דנשאר בחזקתו והוא של האומן, ועיין:

ועתה הבט נא וראה, איך שתנא דברייתא היה בכיון ונקט בלישנא ואמר לו מה טיבו אצלך, דפשטא משמעותו שלא מסרו לידו בתורת אומנות, רק באיזה תחבולה שלא נודע לו כיצד היה, או שאחרים גנבו ממנו, או שבעצמו גנבו, או ע"י העבד שברח ממנו, ואפ"ה אין האומן נאמן, ומזה הוא דהכריח אביי לרבה שיחזור ממה שסבר מתחילה, ועיין היטב:

איברא לדידן דפסקינן כאביי, דבראה לחוד מוציאין מיד האומן, אע"ג דטוען שבתורת מקח בא לידו מתחילה, אנן מחזיקין דמסתמא בתורת אומנות בא לידו, ומש"ה גם כשאמר בעה"ב מה טיבו אצלך, אכתי לא נפיק מסתמא, והוא שהעבד הלך מעצמו לאומן שלא מדעת בעה"ב ללמוד אומנות, ואע"ג שהחזיק בו ג' שנים ובימים כדמוקמינן לעיל [דף נ"ו] לא מיחה בו דכיון שלבסוף יוציאהו מידו ניחא ליה בזה, ודנין דכוונתו בדיבורו של מה טיבך, היתה על כוונה זו, כי היכי דלא נוציא את פני הדבר מסתמא, משא"כ לרבה דלא סגי ליה בראה לחוד אפי' כשטוען שבת"א בא לידו והאומן מודה בזה רק שאח"כ חזר ולקחו הימנו, דנאמן האומן במיגו דלקחו מתחילתו ולא בא לידו בת"א, אלמא דלא מחזקינן את פני הדבר דמסתמא בא לידו בתורת אומנות, ולהכי גם בטענתו מה טיבו אצלך לא מהדרינן לסוליא הדברים מפשטותן:

יב ונראה לפענ"ד לדינא, דהא דמבואר בש"ע [סי' קל"ג סעיף ב'] באמר לו אל תחזיר אלא בעדים, דנאמן בשבועה במיגו דנאנסו, וכן בהפקיד אצל חבירו בשטר דנאמן החזרתי בשבועה במיגו דנאנסו [בסי' רנ"ו], דזהו דוקא בדברים שיש בהם דיני שומרים דהא מהני התנאי, וכן השטר פקדון, בכדי שיתחייב לישבע שבועה דאורייתא לכמה פוסקים, או שבועת המשנה לדעת רז"ה [וש"ך סימן רנ"ו סק"ג], דאמרינן אילו נאנסו לאו שבועה בעי, אבל בהפקיד אצלו דברים שאין בהם דיני שומרים, כגון שטרות וכיוצא בו, [ואפי' מעות ניירות דאין גופן ממון], דאז בטענת נאנסו פטור משבועה, ואפי' משבועה שאינו ברשותו לדעת כמה פוסקים [לבד הראב"ד, עיין ש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ד], וגם אפי' משבועת המשנה לדעת הרמב"ם וריטב"א שם, וכיון שכן הרי התנאי, או שטר פקדון שלקח היה לבטלה ולריק, כיון שנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו בלא שבועה, ודמי לדברי הסמ"ע [בסי' ע"א] דמוכח מדבריו דהיכא שנתן לו נאמנות בינו לבין עצמו, דאינו נאמן במיגו דיכחיש את עיקר הנאמנות, דא"כ הרי לעולם יהיה נאמן במיגו, וכמ"ש לעיל [באות ו'], ועוד דא"כ עוד מיגרע גרע לנפשיה בלקיחת השטר או בתנאי דאל תחזיר, דבל"ז היה מחוייב לישבע שבועת היסת על טענת החזרתי הגם שיש לו מיגו דנאנסו, כמבואר בריטב"א [מובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ה] דמיגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע ל"א, והשתא כשהתנה א"ת לי א"ב או ע"י שטר פקדון, כיון דסוף סוף הולרך למיגו ליפטר מממון נפטר ממילא גם משבועה, אלא ודאי דכל עיקר התנאי או לקיחת השטר היה בכדי שלא יועיל לו טענת החזרתי אפי' במיגו:

יג ועיינתי אח"ז בספרי האחרונים מה שכתבו בזה, וראיתי בקצוה"ח [סי' קל"ג ס"ק ב'] שכתב כמ"ש לעיל [באות א'] דבהתנה אל תחזיר אלא בעדים, דלקוח וחזרה תרי מילי נינהו כמו בעדי הודאה, והוסיף עוד וחילק דלס"ד דרבה ס"ל דצריך להחזיר בעדים, אזי גם לקוח וחזרה שוים, דהטעם הוא משום חשדא אזי גם גבי לקוח איתא להאי טעמא, אבל לדידן דאינו אלא משום התנאי שלא יחזירנו אלא בעדים, אין בלשון זה אלא חזרה ולא לקוח, ונכון הוא ודפח"ח, ומה שהשיג עליו בנה"מ [ס"ק ג'] וז"ל ליתא דכשהתנה ג"כ ע"כ משום שחושדו התנה כן, עכ"ל. הדין עם קצוה"ח דנהי דגם בתנאי חושדו. איברא הטעם דאינו נאמן לאו משום שחושדו, שהרי במפקיד בעדים אפי' כשייחדם המפקיד בפירוש ואמר להם אתם עדים אפ"ה נאמן, אלמא דאע"ג דחשדו המפקיד אפ"ה נאמן לומר החזרתי ביני לבינו, דעביד הנפקד להחזיר ולא משיב לו כגמולו, אלא דעיקרו דאינו נאמן הוא משום דלא עביד לעבור על התנאי, וכיון דלקוח מילתא אחריתא היא נאמן במיגו דנאנסו, דתו לא הוי כנגד חזקה, דהתנאי לא היה אלא על החזרה, אבל למ"ד דגם בסתם צריך להחזירו בעדים, הטעם דכיון שחשדו גם הנפקד אינו מאמינו, ומ"ש הסמ"ע [סימן ע' ס"ק י"ב] את דברי הר"ן ומ"מ והוסיף בדבריהם כדי לנקות את עצמו מהחשד, היינו רק היכא שמיחה הלוה ואמר לא אחזיר לך אלא שלא בעדים כמ"ש, וע"ז הוסיף הסמ"ע וכתב דאפ"ה לא מהימנינן ליה בלא מיגו, והיינו מטעם חשד, אבל לענין שלא יהא נאמן אפי' במיגו, זה הוא רק מטעם וגדר תנאי הוא דאתאן עלה, והוא כשקיבל עליו התנאי:

ולפי מה שכתבנו דלקוח וחזרה תרי מילי נינהו, יש למצוא מקום להסיר את הסכרה אשר הבאתי לעיל [אות א'] מדברי הר"ן דנקט טעמא דהוי מיגו במקום אן סהדי, וא"כ תיקשי לדידיה מדברי רבה כמש"ל, -לפי המבואר לעיל [סי' נ"ט] לתרץ דברי הר"ן הנ"ל מקושיית שעה"מ, שהקשה עליו מסוגיא דקלילה וכן מסוגיא דקידושין [דף מ"ג:] גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו, שגם הר"ן מודה לגדולי הפוסקים דמיגו גרוע הוא רק דדחיקא ליה עובא לומר דגבי ממון יחוייב לשלם מטעם מיגו גרוע, שהרי גם מיגו דהעזה אמרינן לענין ממון, ולהכי משני ליה בפירוקא אחרינא דהוי כמיגו במ"ע, אבל במקום דאיירי רק לענין שבועה לחוד, אזי יספיק לו טעם הנ"ל דמיגו גרוע ל"א, וא"כ ה"נ בדידן דלא הוי המיגו רק לענין שבועה, דהא לענין ממון אית ליה מיגו דנאנסי, רק דיתחייב לישבע ע"י מיגו זו, מש"ה לא פטרינן ליה תו משבועתו ע"י מיגו דהחזרתי, משום דהוי מיגו גרוע לאפטורי משבועה, וגם הר"ן מודה דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, וכמ"ש במיגו דהעזה לאפטורי משבועה דלכ"ע ל"א:

סימן סז

בסוגיא הנ"ל

[חידושים נפלאים בעזה"י]

א מתיב רבא לסיועי לרבה וכו', ועיקר הקושיא מחוסר כוונה, א] כאשר תמהו בתוס' בד"ה אי בדאיכא עדים, וגם לפום תירוצם עודנו עיקר הקו' ותירוצו סובב והולך על ציר רפוי וחלוש, דאיזהו חידוש יותר בדאיכא עדים ולא ראה מליכא עדים ולא ראה, ב] קושי' תוס' בד"ה אלא, ג] יש לדקדק בתירוצו דאביי, לא לעולם דליכא עדים והוא דלא ראה, כיון שעיקר תירוצו דמיירי בדלא ראה דאית ליה מיגו דהחזרתי, ולאיזה ענין נוגע לו לומר דליכא עדים, שאין לזה הכרח ביותר ממה שהדבר הוכיח בקושי' דא"כ ליחזי עדים מאי קאמרי: ונלפענ"ד ליישב השקלא וטריא בדרך נכונה וסלולה, ונפרש תחלה לפי דעת הפוסקים דפסקינן כוותייהו [ברמ"א סימן רנ"ו ס"א]

ס"א], דמיגו לאפטורי משבועה אמרינן, רק בשבועת שומרים היינו טעמא דחייב אף בלא עדים ושטר, משום דמיגו דהעזה לאפטורי משבועה ל"א, גם מבואר בתוס' שבועות [דף מ"ה:] בד"ה מתוך, דאפי' לרב ושמואל דס"ל דאמרינן מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, זהו מטענה שאין חבירו מכיר בשקרו לטענה שמכיר בשקרו, אבל לכפור יותר, אפי' כשחבירו מכיר בשקרו בשני הטענות לכ"ע ל"א, ורהיה ממודה במקצת דחייביה רחמנא וכדברי רבה, איברא זהו לאפטורי משבועה לחוד, אבל לאפטורי מממון, אזי אפי' דהשתא אין חבירו מכיר בשקרו, ובטענה דאי בעי טעין היה מכיר בשקרו וגם לכפור ביותר לכ"ע אמרינן, וראיה מעיזי דאכלי חושלא [ב"ב דף ל"ו] דנאמן עד כדי דמיהן, דמסתמא אפי' אם שוים יותר, ואפ"ה נאמן במיגו דהחזרתי בדלא ראה כמבואר בפוסקים:

ולפ"ז קשיא בברייתא דאומן, דהא גם בלא מיגו יש לו דין שכיר אליבא דר' יהודה, וכדקתני בסיפא נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל, וכן מבואר בתוס' להדיא בסד"ה אי דאיכא עדים, והשתא הרי כל השקלא וטריא, הן לס"ד דמהימנינן ליה במיגו דלקוח, וכן לתירוצא דאביי דמיירי בדלא ראה ובמיגו דהחזרתי, הן הם רק לאפטורי משבועה דשכיר, והלא בטענה דבעי למטען יכפור בכולו, דלכ"ע ל"א מיגו כזו לאפטורי משבועה, וא"ל דזהו דוקא בשבועה דאורייתא אבל לא בשבועה דרבנן, דמאי שנא, וכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תקנו, [ואפי' לדעת מהרי"ן לב (מובא בתומים בכללי מיגו אות ע"ט) דבשבועה דרבנן אמרינן מיגו דהעזה, זהו היכא דמדינא נוטל בלא שבועה דאמרינן דבמיגו כל דהוא אוקמינן אדינא], וכן מבואר גם בשיטה מקובלת כתובות [דף פ"ז:] על קושי' תוס' בפוגמת דליהמנה במיגו, ומתרץ בשם ראשונים דדמי למודה במקצת במיגו דכופר הכל, [וקושי' תוס' י"ל דהכי אזלא, דדמי ללוה אמר שלם (ב"מ דף ד:) דמהימנינן במיגו דאי בעי אמר שתים דמסייע ליה שטרא, וה"נ בפוגמת יכולה להעיז ולכפור בכולו]:

ונראה דמיגו דלקוח משכחת לה שלא יכפור ביותר מהשתא, שיכול לומר לקחתי בדמי שווי' ונתתי לך שתים וחייב אני לך המותר, או לקחתי בשתים על אופן זה, דמתי שתתן לי השתים נתחייבתי להקנות לך הטלית בחזרה, דסוף סוף השתא על גופא דחפצא קא טעין ליה, משא"כ בדתפיס ליה אאגריה או במשכון דעלמא. איברא כ"ז היכא דאיכא עדים שנתנו לאומן או שראו ביד האומן כשעסק במלאכתו, דאז לית ליה לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, ואזי לא נפיק מדינא דשכיר דעלמא, דנאמן בשבועה בלא מיגו, ולא צריך למיגו רק כדי לפטור משבועה, ומש"ה מיגו דלקוח אית ליה באופן שלא יכפור ביותר מהשתא וכמ"ש, אבל במיגו דהחזרתי אפי' בדלא ראה לית ליה לאפטורי משבועה, דהרי זה כמודה במקצת במיגו דכ"ה דל"א לאפטורי משבועה, אבל היכא דליכא עדים כלל, לא עדי שכירות ולא עדי מלאכה, רק השתא לאחר שטענו בב"ד מביא בעה"ב עדים דמכירין בעלמותו של בגד בטביעות עין שהוא שלו, אזי מלי הבעה"ב למטען דמסרתי בידך הבגד כמו שהוא מתוקן עתה לשנות בו אפס דבר, ועודנו לא שנית ולא מגיע לך אפס מאומה, דהשתא גבי הבעה"ב הרי זה מיגו מעליא ליפטר ממעוכא לספקיע האומן מתקנתא דשכיר, לדעת הרמב"ם [פי"א מה' שכירות ה' ו'], וכ"פ בש"ע [סימן פ"ט] דגם כשבעל הבית מודה במקצת פרעון, דהיכא דשכרו שלב"ע, נאמן בעה"ב בשבועה במיגו דלא שכרתיך, ואפי' לדעת תוס' ב"ב [בסוגיין ד"ה אלא לאו] כמי, דכל זמן שהוא ביד האומן ליתא לדין מודה במקצת דהו"ל הילך ולא כתבו כן אלא משנתנו לו, ולכן כשמביא הבעה"ב עדים שאומרים מכירים אנחנו הבגד בעלמותו בטביעות עין עד שלא נעשה שהוא של בעה"ב, אכן אם עשאוהו האומן כזה לא ידענו, דהשתא היכא דלית ליה מיגו לאומן היה צריך להחזירו בלא כלום, כיון דלאו אגופיה הוא דקא טעין ול"ל מיגו מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, והשתא היכא דאית ליה מיגו להומן, אזי גם מיגו דהחזרתי הוי מיגו מעלייתא, דלענין ממון אמרינן אפי' מיגו דאי בעי כופר הכל, ואין עליו חיוב שבועה כלל, כיון דבלא מיגו איכו נאמן אפי' בשבועה, כיון דע"י מיגו דבעה"ב כבר הפקיעו מתקנתא דשכיר, וע"י מיגו הוא דמהימנינן ליה שוב אין עליו חיוב שבועה דשכיר כלל:

[וא"ל דהכתי יש עליו חיוב שבועה כיון דלאו אגופיה הוא דקא טעין, וכמו שחידשו הגאונים גבי משכון דצריך ליסבע בנק"ח, כמו בכל הנשבעין ונוטלין, זה אינו הוגן לדברינו, שכבר תמהו בו רבותא ז"ל והקשו כן על הגאונים מגופא דברייתא, מדקתני נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל מכלל דבעודו בידו א"צ ליסבע, ומיהו העיקר בזה כדמפרקי הרמב"ן והרשב"א, או משום דהברייתא אזדא כמאן דאית ליה אומן קונה בשבח כלי, ויש לו קנין בגופה יותר ממשכון, (ומה דקשה על ד"ק דא"כ בעבר זמנו לא שייך בל תלין, כאשר עמדו בזה רבותינו האחרונים ז"ל, כבר כתבנו לעיל בדיני דשכיר בזמנו (סי' ס' אות ג') לייסב על נכון), גם הרשב"א מפרק ליה בפשטא דלא קתני בברייתא אלא שבועה דנחתינן לנכסיה, ומש"ה שבועה דשכיר דאפי' כשתפס נחתינן לנכסיה משום דאינו נוטל אלא מתקנתא דרבנן, (וכ"כ הר"ן כתובות בסוגיא דפוגמת, והש"ך סי' פ"ז ס"ק כ"ה), משא"כ שבועה דמשכון דמדינא נוטל בלא שבועה כיון דאית ליה מיגו, רק דצריך ליסבע משום דדמי לנוטל כיון דלאו אגופיה דמשכון קא טעין, ודמי לפוגם שטרו ולהבא ליפרע מנכסי יתומים, דהשתא כשתפס לא נחתינן לנכסיה, בשבועה כזו דקילא ליה לא קתני:

והשתא נפרש הליר שסובב עליו השקלא וטריא בעיקרו בקושיא דרבא ותירוצו דאביי, ואח"כ נפרש כל פרטותיהן, דרבא מפרש הברייתא דנהי דלא מיירי כשמסרו לו בעדים, דא"כ ניחזי עדים מאי קאמרי, אבל מ"מ מסתמא מיירי דיש לאומן עדים כשעסק במלאכתו, וגם מדקתני ליה בסיפא נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל, דע"כ מיירי בדאיכא עדי מלאכה, [דאל"כ נאמן הבעה"ב במיגו אפי' במודה במקצת וכדפסקינן בש"ע], וכיון שכן הרי יש לו כל דין שכיר דנשבע ונוטל, וא"כ הא דלא קתני לה בע"כ משום מיגו הוא דפטרינן ליה, וכיון דמיגו הוא לאפטורי משבועה, אזי בין בראה ובין בלא ראה הענין מכריח שהוא משום מיגו דלקוח, דהשתא לא יכפור ביותר וכמו שכתבנו, אבל לא משום מיגו דהחזרתי כיון דכל עיקרו של מיגו זו רק לאפטורי משבועה, והיכא דילטרך לכפור ביותר לא מהני לשבועה, א"ו שהוא משום מיגו דלקוח דמשכחת לה שלא יכפור ביותר, ומוכח מזה דהומן נאמן בטענת לקוח מתחלה שלא בא לידו בתורת אומנות וכרבה:

וע"ז מתרץ ליה אביי בדליכא עדים כלל, שגם עדי מלאכה אין לו, דהשתא נאמן הבעה"ב להפקיעו מדין שכיר לגמרי משום מיגו דלא שכרתיך וכנ"ל, ואזי תו אינו נוטל כלל רק ע"י מיגו, וכיון דעיקרו של מיגו הוא לממון, ואזי מהני גם מיגו דהחזרתי דלענין ממון מהני גם מיגו דאי בעי כופר הכל, והא דקתני בסיפא נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל, בע"כ מיירי בדאיכא עדים בשעה שנתנו לו, דאל"כ אפי' בדאיכא עדי שכירות או עדי מלאכה עודנו יש לבעה"ב מיגו דעוד לא הסדרתן ניהלי, וכיון שכן שפיר יש לומר דמיירי בדליכא עדי מלאכה, ומש"ע נאמן בדלא נתנו לו במיגו דהחזרתי, כיון דכבר נפיק ליה מדינא דשכיר, וכמו שכתבנו לעיל, אבל כשנתנו לו ואיכא עדי (חזקה) [נתינה] הרי הם כעדי מלאכה, דתו לית ליה לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, והדר דינו לתקנת שכיר דנוטל בשבועה, אבל כל זמן דלא נתנו לו דאית ליה לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, כבר נפקע דינו מדין שכיר דעלמא [ועיין בהשמטות וביאורים]:

ג **ועתה** נבאר דהא דהקדים רבא אי דאיכא עדים ניחזי עדים מאי קאמרי, הוא לשפוך סוללה לבנות דיק לעיקר היסוד, דהומן מהימן בטענת לקוח, ולסיוע לרבה, דהנה הרשב"א [סי' אלף מ'] כתב דהיכא דעדים מעידים שבא לידו בתורת משכון, אבל לא ידעו כמה הלוה עליו והמלוה טוען עד כדי דמיו והלוה מודה במקצת, דאזי המלוה נאמן עד כדי דמיו בשבועה, אפי' בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר וראה בידו, דלית ליה מיגו, נאמן, כיון דאיכא עדים שבתורת משכון בא לידו ובע"א קונה משכון, ומביאו הש"ך [סי' ע"ב ס"ק ק"ט], אבל גבי הומן דלא בא לידו בתורת משכון דלא קנה ניהליה אינו נאמן אלא במיגו. ונראה, דשבועה זו, כיון דמ"מ לאו אגופה דמשכון קא טעין ליה, מהוייב ליסבע, כדין שבועת הנוטלין, דמדינא נוטלין בלא שבועה אפ"ה מחוייבין ליסבע שבועת המשנה, וכדינא דגאונים היכא דליכא עדים שבתורת משכון בא לידו ואית ליה מיגו, אע"ג דבטענה דבעי למיטען היה נאמן בשבועת היסת, מ"מ השתא דלאו אגופה קא טעין ליה הרי הוא כדין נוטל ומחוייב ליסבע שבועת המשנה, ומזה מוכח דלמ"ד דאומן קונה בשבח כלי, אזי אם יש עדים דבא לידו בתורת אומנות דנאמן האומן על הקיבלה גם בלא מיגו, כיון דאיכא עדים דבתורת קנין בא לידו, ולדעת הרמב"ן הנ"ל [באות ב'] בפירוקא על קושיית רבינו אפרים על הגאונים מברייתא, דשאני התם דנאמן אפי' בלא שבועה, דעדיפא ליה קנין דאומן מקנין דמשכון דא"צ ליסבע:

ולהכי הקדים רבא אי דאיכא עדים, ואתיא כר"מ דאית ליה [ב"ק

דף נ"ט] דאומן קונה בשבח כלי, דהשתא נאמן אפי' בלא מיגו ובלא שבועה לדעת הרמב"ן, [ואפי' לדעת הר"ן שחולק עליו דלא עדיף קנין אומן בש"כ מקנין דבע"ח במשכון ומחוייב לישבע, אבל מ"מ נאמן בלא מיגו, ומשבועה זו דלא נחתינן לנכסיה לא קמיירי, וכתירוצא דרשב"א הנ"ל על דברי הגאונים], והשתא כיון דנאמן בלא מיגו כלל, תו ליתא להוכיח מזה מידי בדין אם האומן נאמן בטענת לקוח, לכן הסיר לדרך זה מעיקרא דא"כ ניחזי מאי קאמרי, וכיון דליכא עדים אזי מוכרחים לבא לכלל מיגו כדי לפוטרו משבועה דשכיר, ותו אי איפשר רק ע"י מיגו דלקוח, וכמש"ל:

ד **לכאורה** קשה על מ"ש לעיל [אות ב'] דרבא הוכיח לסיועי' לרבה, כיון דליכא עדים שמסרו לידו, דהשתא בין כשראה בידו בין כשלא ראה, הרי בע"כ צ"ל דמיגו הוא דא"ב טעין לקוח, דאכתי ליתא לסיועי' לרבה דאומן מהימן בטענת לקוח בלא מיגו, דיש לומר דברייתא מיירי בדלא ראה, דמהימן בלא שבועה במיגו דלקוח שאז לא יכפור ביותר, וכשיטעון לקוח הרי כבר יצא מדינא דשכיר, שהרי יטעון על גוף החפץ, ואז יהיה נאמן בטענת לקוח במיגו דהחזרתי, דהגם דבטענת החזרתי יכפור בכולו לית לן בה, כיון דאז יסוב פני הנידון לענין ממון, וגבי ממון אמרינן מיגו דא"ב כופר הכל:

וי"ל עפ"י מה שכתבנו בדיני דשכיר בזמנו [סימן פ"ט אות א'] דעיקר הפלוגתא דרבוותא אם אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, תליא בפלוגתא דרבי ור' נתן בקידושין [דף ס"ד] אם מה לו לשקר כעדים דמי או כחזקה דמי, יעוי"ש בארוכות בביאור הדברים היטב, דהר"י מיגאש וסיעתיה סברי דמה לו לשקר כחזקה דמי, וחזקה מהני לענין ממון ולא לענין שבועה, דאכתי לא נתברר הדבר לגמרי כמו ע"י שבועה, והרא"ש משיג בזה מטעם מה לי ממון ומה לי שבועה, דמה לו לשקר כעדים דמי, רק היכא דהוי מיגו דהעזה דהורע כחו של מיגו זו דילא מתוקפא דעדים והגיע רק לכלל חזקה, דמהני לממון ולא לענין שבועה, והשתא לא מיבעיא לדעת רמב"ן [וריטב"א קידושין מ"ג תד"ה מאי קסבר] דס"ל דגם בעדים גופייהו לא מהימני במיגו, דהתורה לא האמינם רק היכא שנאמנים בעצמותן אבל לא היכא דצריכין למיגו, והא דמהימני' פרעתו למלוה במיגו דאהדריניהו ללוה, הוא רק לסלק הנגיעה לבד, וגבי אנוסים היינו מחמת נפשות דנאמנים בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר [כתובות דף י"ח:] הוא מפני דלמיעקר סהדותיה והוי כלא נתקיים מעיקרא, תו אין לפטור את האומן משבועה דשכיר ע"י מיגו דלקוח, [כיון דליפטר משבועה בע"כ צ"ל דמיגו כתוקפא דעדים דמי], ולקוח היה נאמן במיגו דהחזרתי, כיון דאינו נאמן גם בטענת לקוח רק ע"י מיגו, דגם בעדים לא מהני היכא דצריכין מיגו, והיאך אפ"ל דנאמן שתים קלות במיגו דלקוח לפוטרו משבועה, משום דמיגו כתוקפא דעדים הוא, היכא דגם בעדים גופייהו לא מהימני היכא דצריכין למיגו, וה"נ כיון דבטענת לקוח ג"כ אינו נאמן אלא במיגו, א"ו בע"כ צ"ל דלקוח נאמן בעצמותו גם בלא מיגו, וכרבה, ומש"ה נאמן על הקילה במיגו דלקוח לפוטרו משבועה, משום דתוקפא דמיגו כעדים דמי, אלא אפי' לדעת תוס' בסוגי' דהעדים שאמרו [שם בכתובות] דעדים נאמנים במיגו, מ"מ יש מקום לומר דמיגו גרועה כזאת שאינו נאמן בטענה דאי בעי למיטען בעצמותו רק ע"י מיגו, תו הורע כחו דמיגו ראשונה ולא הגיע לתוקפא דעדים, רק לכלל חזקה דלא מהני לאפטורי משבועה:

[הנה לעיל בדיני דשכיר בזמנו (ריש סי' פ"ט) כתבנו קושיית האחרונים לדעת הרז"ה דמפקיד בשטר נאמן החזרתי במיגו דנאנסו, מדאורייתא בלא שבועה, רק חכמינו ז"ל תיקנו שישבע שבועת המשנה, דא"כ הדרא קושיית הש"ס שם לדוכתיה, שבועת שומרים דחייביה רחמנא היכי משכחת לה, דגם באפקיד בשטר נאמניהו מן התורה נאנסו בלא שבועה במיגו דהחזרתי, כיון דהחזרתי נאמן במיגו דנאנסו, (וע"ש מ"ש באות א' ב'). ולדברינו הנ"ל יש לתרץ באופן אחר קלת, כיון דבע"כ לרב ושמואל דאית להו מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, סברי דמה לי לשקר כעדים דמי, כמו שכתבנו שם, וכיון דבעדים גופייהו ל"מ המיגו רק לסלק הנגיעה להוד (כמ"ש הריטב"א קידושין הנ"ל), ולא על גוף העדות, וה"נ כיון דהפקיד בשטר, נהי [דנאמר] דמיגו דהחזרתי כעדים דמי, כיון דגם בהחזרתי אינו נאמן אלא במיגו לא מהני כלום, דלא עדיף מעדים עצמם]:

ה **אך** עודנה קשה לכאורה, דמה כל החרדה הזאת שהמציא רבא לסיועיה לרבה מדהימנינן ליה בלא שבועה דשכיר כיון דכל תורת שכיר עליו [דמסתמא איכא עדי מלאכה בכל משך זמן המלאכה], וממילא אין לו שום מיגו דהחזרתי דדמי למודה במקצת, ולא נשאר לפניו רק מיגו דלקוח, וממילא מוכח דלקוח נאמן בעצמותו וכמ"ש לעיל, דאכתי יש לומר דשגי ליה גם במיגו דהחזרתי, ובאומר אי איפשי בתק"ח רק בעיקר דינא דאורייתא, [דלרוב הפוסקים מהני אפי' להוציא, וכן פסקינן בש"ע סי' ק"ב ס"ב גבי הב לי זיבורית שפי פורתא], וכיון שכן הרי צריך למיגו לענין גוף הממון, וממילא נפטר משבועה דשכיר רק שבועה שחידשו הגאונים, ומזה לא מיירי כאשר כתבנו לעיל בהגה"ה [אות ב'], ותלמידי החריף והשנון מוה' צבי מיכל נ"י כיון לדעתי בקושי' זו:

איברא כשנדקדק היטב נבינה דבענין זה לא מהני ליה כשאומר אי איפשי בשעה שטענו לפניו, כיון דכל עיקר הטעם דאמרינן לענין ממון מיגו דהעזה, הוא, משום דכך אמדוהו חז"ל שכל הרוצה לגזול את חבירו בטענת שקר, שוב אין שום דבר חוצץ לנגדו, ושוה לפניו דבר שאינו מעיז לדבר שיעיז ויכפור גם בכולו בכדי לזכות בממון ההוא, אבל בדבר שפני הנידון הוא רק לענין שבועה, אמרינן דעפי ניחא ליה לישבע בשקר מהיכא שיעיז בדבר שחבירו מכיר בשקרו, או לכפור בכולו, והשתא נמי כשאומר אי איפשי, כיון שהברירה בידו בשעה שטען לפניו לבל יאמר כן, ושוב לא יתגלגל פני הנידון רק לענין שבועה לחוד, דשוב לא יהיה ביכלתו להעיז ולכפור בכולו, ומעתה קמה וגם נצבה הוכחתו של רבא לסיועי' לרבה, כיון דנסתלקו וננעלו שערי המיגו לפניו, רק מיגו דלקוח שנאמן בטענה זו בעצמותו, [ומה שכתבנו לעיל בדיני שכיר בזמנו (ריש סי' פ') לתרץ דברי הר"ן ממה שתמה עליו הש"ך (סימן פ"ט) על תירוצו את שיטת הגאונים, דלמה ליה מטעם דהיכא שיש לו מיגו מפויים ועומד, ולא כפשוטו משום דגבי שכיר הוי המיגו לאפטורי משבועה לחוד, וכתבנו שם דהיכא דהוי מיגו דהעזה ולאפמ"ש דלכ"ע לא אמרינן רק היכא דאמר אי איפשי ותו דמי למשכון דמיגו הוא לענין ממון דצריך לישבע שבועת המשנה, דהתם מ"מ איכא נפקותא בטעמו של ר"ן היכא דכבר אמר אי איפשי קודם שטענו לפנינו, איברא להוקמא סברייתא באופן זה הוא דרך רחוקה בפשטא], ותלמידי החריף והשנון מו"ה ישעיה נ"י הקשה דעודנה קשי' לרבא דאכתי מנ"ל דנאמן במיגו דלקוח דוקא דמשכחת לה דשוין שנים ויש לו מיגו דנאבדו בפשיעה עד שלא התחיל במלאכה ואז לא יכפור לו יותר מהשתא, וז"א דאכתי צריך לישבע שבועת המשנה שאינו ברשותו כדינא דרב הונא, [ב"מ דף ל"ד: וכדמוכח בסוגיא שם דהש"ס שקיל וטרי בדינא דר"ה ממתניתין]:

ו **בדברי** תוס' בד"ה אלא וכו' בתירוצם עי"ש, צריכין להבין לאשורם דבריהם העמוקים, דמה בכך שמודה במקצת, דגם במב"מ גופי' הא דאינו נאמן במיגו דכ"ה, הלא כל עיקרו, דליפטר משבועה לבד לא יתאמן לבו להעיז כל כך [וכ"כ הר"ן בפירוש בסוגי' דקנינה תד"ה הילכך], והשתא גבי אומן שכבר תיקנו חכמים שישבע ויטול והשתא דליכא עדים ששכרו, הרי עתה שירויח ממון יחזק לבו ויעיז כדי להרויח ממון [כמו גבי עיזי דאכלי חושלא דגרוע ביותר, דהשתא אין חבירו מכיר בשקרו משא"כ כשיטעון החזרתי, וגם יכפור ביותר], וכיון דסוף סוף ילטרך להעיז יפטור נמי ממילא משבועה דאורייתא, וגם בדעת הרמב"ם [פ' י"א מהלכות שכירות הלכה ו'] דפסק דבמודה במקצת פרעון ושכרו של"ב דנאמן בעה"ב בשבועה דאורייתא, ג"כ צריך להבין כיון דעיקר הדבר לדעתי משום דמיגו לאפמ"ש ל"א כ ונטעמא דמילתא לדעת הע"ש וש"ך [ר"ס רנ"ו] משום דאינו משים ע, לבו לחשוב בדעתו כל הערמומית שבדבר בכדי ליפטר משבועה לבד והכא דנתלכדו יחד דין ממון ושבועה, אזי מן הסברא שיפטר משניהם, [ולדברי הסמ"ע שם ניחא], איברא לדברינו שכתבנו לעיל קלת מזה דטעם הדבר משום דמה לו לשקר כחזקה דמי, וחזקה לחוד ל"מ לאפטורי משבועה וכאשר הארכנו בביאור הדברים בדיני דשכיר בזמנו, אזי דינו דרמב"ם מוכרח דכיון דליפטר מן ממון מהני חזקה ולא משבועה, השתא ג"כ דנתלכדו בהדי הדדי, מוקמינן לכל חד כדיניה, כדאשכחן בכמה ענינים שאין האחד נתבטל דינו מפני השני, יבמות [דף קי"ז.] בע"א דנאמן להתירה לשוק ואין האחין יורדין לנחלה ע"פ, וכן בגיטין [דף ח'] גבי כל נכסי קנוין לך, וכן בב"י [סי' פ"ב] בשם הר"י בן הרא"ש כשטען פרעתי ונשבע ואח"כ מצא המלוה שטר מקויים דצריך לפרוע, אבל לא נפסל ע"י כן, דנהי דמוציאין ממון ע"י חזקה דשטרך בידי מאי בעי, אבל לא הגיע לפוסלו, וכן איתא כה"ג בתשובת הרשב"א [הלק ג' סי' ק"י] בגזל בעדים דנאמן בטענת החזרתי ליפטר מממון אבל לא להכשירו כיון שכבר ישנו בחזקת פסלות, איברא לדעת תוס' קשיא דס"ל דמפני השבועה נתבטל ג"כ (את) דין ממון

ממון שבו, וגם מן הסברא נראה להיפוך, וכמו שכתבנו לעיל:

ונראה לענ"ד ליישב סברתם ע"פ דברי הרא"ש בר"פ כל הנשבעין שכתב שם על דינא דרב ושמואל דשכרו שלא בעדים נאמן במיגו דל"ש, דאע"ג דהוי מיגו דהעזה, דעתה אינו מעיז שבעה"ב טרוד בפועליו, מ"מ במיגו כל דהו אוקמוה אדינא, וצריכין להבין דמאי קשי' ליה דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה, וכן הקשה הר"ן שם על קושי' הש"ס דא"כ שבועת שומרים דחייב' רחמנא היכי משכחת לה, דמאי קושי' דהתם הוי מיגו דהעזה לאפמ"ש, אבל גבי שכיר לאפטורי מממון הוא, ומתרץ שם דמשמע מדברי רב ושמואל דבעה"ב פטור גם משבועה שהתקינו בתחילה עליו וא"כ הוא דעקרוה ממנו והטילוה על השכיר, ולכן גבי שכיר נמי איכא מיגו דהעזה לאפמ"ש, איברא מדברי הרא"ש דלא הזכיר בדבריו כלל משבועה זו משמע להדיא דס"ל כדעת התוס' שבועות [דף מ"ה.] בד"ה עקרוה וכן בד"ה (בדרבנן) [ורבנן], דלא תקנו מעיקרא שבועה על בעה"ב רק גבי קיילה יעו"ש היטיב, ואפ"ה קשיא ליה על עיקר מיגו זו דמדוע יפטר הבעה"ב במיגו זו, ונראה דכוונתו בזה דנהי דמיגו דהעזה אמרינן לדין ממון, זהו היכא ששני הטענות שקולות בלבבו הוא, אם לאמיתית או להיפוך, רק דבראשונה אין חבירו מכיר בשקרו ובשניה מכיר, או שיכפור ביותר, אמרינן דאין דבר זה חוצץ בעיניו ושוה לפניו הרכסים כבקעה, רק לפטור את עצמו מן ממון, אולם היכא דבטענה זו שטוען יודע בעצמו באמונת לבבו שמסופק בזה ובכדי לפטור א"ע הוא דטוען ברי, ובטענה דבעי למיטען יודע בעצמו שהוא שקר מוחלט, אזי מיגו גרוע כזאת לא מלינו גם גבי ממון, ומשני ליה דמ"מ גבי שכיר משני, דאוקמוה אדינא:

ולפ"ז יש להסביר בדעת תוס' דאכתי לא מלינו דמהימן במיגו גרוע' כזאת רק בכופר הכל ואליבא דרבנן דסברי דגבי שכיר עבדו תקנתא לתקנתא, יעו"ש בשבועות [דף מ"ו.] ולזה בכדי לעקור דבר קל כזה שהוא כעין תקנתא לתקנתא, הוא דמהני מיגו גרוע' כזאת, אבל לר"י דס"ל דלא תיקנו רק במודה במקצת ולדעת תוס' [שם דף מ"ו ד"ה לא קנסתי] דווקא במב"מ גמור הוא דתיקנו מתחילה אזי במיגו גרוע' כזאת לא נשמע מדרב ושמואל לעקור תקנתא לחוד ע"י מיגו כזאת, דמסקנא עיקר דינא דרו"ש קאי אמתניתין ואליבא דרבנן, [שהרי כן מלינו בכמה דוכתי לחלק בין תרי דרבנן לחד דרבנן, גם לענין איסור א"א דאמירה, דבחד דרבנן אינה מקודשת ובתרי דרבנן מקודשת גבי אמן, ועיין באה"ע סימן כ"ח]:

סימן סח

עוד בסוגיא הנ"ל

א **עיין** ברי"ף ובבעל המאור וברמב"ן, בסוגיין, תוכן דבריהם, דהרב בהלכות ס"ל דלמסקנ' דאיותב רבה, פסקינן כאביי, דס"ל דאפי' מסרו שלא בעדים ולא ראה בידו אינו נאמן, דתקנתא עשאו חז"ל דאומן אינו נאמן במיגו, וגם האומן גופיה ניחא ליה בהאי תקנתא [כמ"ש הרמב"ן בסוף דברי קדשו], וס"ל לבעה"מ דלדדין קאמר הרב, ודווקא במסר לו בעדים ולא ראה אינו נאמן במיגו דהחזרתי, או בראה ומסר לו שלא בעדים, אבל בתרתי לטיבותא, מסרו שלא בעדים ולא ראה נאמן במיגו דלא היו דברים מעולם, וע"ז האריך הרמב"ן להשיג עליו, דא"כ מאי מקשה אביי אי הכי אפי' בעדים נמי, כיון דלדידיה מחלקינן בין מיגו דלהד"מ למיגו דהחזרתי, ה"נ לרבה יש לחלק בין להד"מ דידיה, דהיינו שלא בא לידו בתורת אומנות, בין מיגו דהחזרתי:

ונראה לפענ"ד דסברת הבעה"מ דנהי דניחא ליה לאומן בתקנתא דא, שלא יהא נאמן במיגו, זהו במיגו דאי בעי טעין טענה אחריתא, אבל לא במיגו דהפה שאסר, שהרי אפי' בנתן לו נאמנות סתם, דלא מהני מיגו דאי בעי טעין טענה אחריתא, דאמדינן דדעתו להאמינו אפי' במקום מיגו, ואעפ"כ במקום הפה שאסר מהני אפי' כנגד נאמנות כבי תרי [כמבואר בסי' ע"א והארכנו בזה לעיל בסי' כ"ו], הרי דאע"ג דחזינן להדיא דניחא ליה להאמינו יותר מעדים, מ"מ היכא שעיקרו לא נשמע ולא נודע אלא ע"פ עצמו, אמרינן דאדעתא דהכי לא האמינו, ומש"ה גם באומן נהי דאמדו חז"ל דניחא ליה להאמין לבעה"ב אפי' במקום מיגו דאומן, אבל לא במקום הפה שאסר שלא היה לו עסק עמו כלל, וכמו בפרעתי במיגו דמזויף, שכתב הרמב"ן בעצמו בפ' המוכר את הבית [דף ע'] לחלק בין שטר כיס, דלאחד מ"ד אינו נאמן במיגו כנגד השטר, דהתם המיגו על טענה אחריתא אבל במיגו דמזויף שאני, שהפה שאסר כו', ולהכי נמי במיגו דלהד"מ דרבה, שמיירי אפי' בראה בידו, רק המיגו דלא היו דברים מעולם הוא שלא בא לידו בתורת אומנות רק בתורת מקח, דסוף סוף היה לו עסק עמו, אלא דאי בעי טעין טענה דעדיפא, מיגו כזה ל"א גבי אומן:

ב **עוד** נשמע מדברי בעה"מ שם, דהיכא דליכא עדי מסירה ולא ראה עכשיו קודם שטענו, אע"ג דראו בידו קודם שנתוועכו באיזה משך זמן, שנאמן לטעון לקוח בשעה שבא לידו במיגו דהחזרתי, ובזה יש להבין כיון דס"ם לית ליה מיגו דלהד"מ, וא"כ גם במסרו בעדים, נמי יש לו מיגו דהחזרתי, ואפ"ה אינו נאמן במיגו, ונראה דס"ל לבעה"מ דכל עיקר תקנת חז"ל גבי אומן הוא היכא דידעינן שבא לידו בת"א, הן ע"י עדים או ע"י עצמו, אבל היכא דטען דלא בא לידו בת"א מתחלה, ולא נעשה אומן שלו, בזה לא תיקנו כלל, רק דאפ"ה אינו נאמן בעלמותו לפי שאין בתפיסתו ראיה, ומש"ה צריך למיגו דהחזרתי לדידן דפסקינן כאביי:

ג **וטעמא** דמילתא, דהיכא שהודה האומן שבא מתחלה לידו בתורת אומנות, הגם שלא ראו בשעה שטענו ביניהם רק קודם שטענו דלית ליה מיגו דלהד"מ, דאינו נאמן במיגו דהחזרתי ובמיגו דלא בא לידו בתורת אומנות, הוא, דכשם דתקנו חז"ל באיכא עדי מסירה ולא ראה, דכל היכא דלית ליה מיגו דהפה שאסר אינו נאמן ע"י מיגו אחריתא, וה"נ דכיון דאינו יכול לטעון להד"ס לגמרי, כיון דראו בידו והכירו שהוא של בעה"ב וצריך לטעון לקוח, תו יצא מכלל הפה שאסר ולא הגיע רק לכלל מיגו דעלמא, שכבר תיקנו דל"מ גבי אומן, ולא אמרינן דלענין זה שבא לידו בת"א הוי בכלל הפש"א, ונימא דבזה לא תיקנו כיון דבידו לומר שלא בא לידו בתורת אומנות, אלא כיון דבכללו יצא מכלל הפש"א שוב אין לחלקו לחלאין, ועיין. וראיה לזה מקושי' אביי א"ה כשמסרו בעדים נמי, לפירוש הרב, דלדידיה דל"מ מיגו באומן ניחא, ולדידך קשי', וגם בל"ז פליגי בעיקר הדין דלרבה נאמן אפי' כשראו בידו וטוען שלא בא לידו בתורת אומנות אפי' דל"ל מיגו, ולאביי א"כ כיון דאין בתפיסתו ראיה, וכן מבואר לקמן גבי ראה עבדו ביד אומן וא"ל מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי, הרי דטענו על תחלתו, ואפ"ה א"כ לאביי, ולדעת הרי"ף אפי' בלא ראה נמי משום תקנתא, הרי דפליגי בתרתי, בדינא, וגם בתקנתא, ובמה דפליגי בדינא אינו מתווכח עמו, כיון דתליא בסברא, ולא היה לו אז ראיה מכרחת לדבריו, רק דנתווכח עמו בדברי עצמו, דהא גם לדבריך בע"כ דמודה מיהת בתקנתא, דא"ה אפי' כשמסרו לו בעדים נמי, והשתא אם נימא דגם לאביי מיקרי הפה שאסר שלא בא לידו בתורת אומנות מתחלה, דא"כ גם לרבה נימא כן ולק"מ:

וזהו שנראה לפענ"ד בכוונת הרז"ה במ"ש דאיכא עדים ולא ראה, וליכא עדים וראה שקולות הן, והן דברים תמוהים כאשר השיג עליו הרמב"ן, וע"פ דברים הנ"ל יש לתת מקום לדברי קדשו, דכוונתו בראה וליכא ע"מ שראו בידו טרם שטענו ביניהם, דיש לו מיגו דלא בא לידו בת"א ויצא מכלל תקנתא, והגם דמ"מ אין בתפיסתו ראיה, ע"ז יש לו מיגו דהחזרתי, ומ"מ שקולות הם דא"כ בשניהם כיון דמ"מ אינם בכלל הפש"א:

ד **דברי** הר"י מיגא"ש במה שתמה על הרב בהלכות דאומן א"נ במיגו, דהא באומן אומר שהיא קנאתי לי וכו' לתירוצא דאביי דמיירי בדליכא עדים ולא ראה, נשמע להדיא דאומן נאמן בטענת לקוח במיגו דהחזרתי, ודבריו תמוהין למאד כאשר כתב הרמב"ן שם דקיילה לא דמי ללקוח, דגבי קיילה לא תיקנו, ומהא דמשני אביי לא נשמע כלל דנאמן במיגו דלקוח, ולקוח במיגו דהחזרתי, דלמה לן כל זה, כיון דיש לומר כפשטא דנאמן על הקיילה במיגו דהחזרתי:

איברא לפי מה שכתבנו לעיל [סי' הקודם אות אב"ג] רק באיזה שינוים המוכרחים לשיטתו, ד"ק ברורים ונכוחים וישרים למוצאי דעת, דהנה לשיטתו דס"ל דמיגו לאפטורי משבועה ל"א [כמו שהביאו

הראשונים בסוגיא דשכיר בזמנו, בשמו] יש להקשות בזה דס"ל לרבה שסבירא ליה מברייתא זו לרבה דאומן נאמן בטענת לקוח, ומש"ה נאמן על הקיילה במיגו דלקוח כיון דעל הממון נאמן מצד תקנת שכיר, דאטו משום דהטלית בידו מיגרע גרע, וא"כ הרי כל עיקרו של מיגו הוא רק לאפמ"ש, וצ"ל דמידי הוא טעמא דפוסקים דל"א מיגו לאפמ"ש אלא משום דסברי דמיגו כחזקה דמי וחזקה ל"מ לפמ"ש היכא דאיכא מקום לשבועה בעולם במקום דליכא חזקה וליכא מיגו אשר חילא דידיה דהוא רק כחזקה וכה"ג לאוקימתא דאביי בקידושין ס"ד ע"ב, [וכאשר הארכנו בזה בדיני דשכיר בזמנו בסי' כ"ט וגם לעיל בסי' הקדוס] ותו אין מן התימה אם מוקמינן הברייתא הזאת כרבי דס"ל דמ"ל לשקר כעדים דמי, ובפרט לרבה דס"ל דאמרינן מיגו להוציא [ב"ב דף ל"ב:] וגם ס"ל גבי נסכא פקוד [ב"מ דף פ"א] דאלימא ליה חיליה דמיגו אפילו בדבר דמנגד לכעין תוקפי' דעדים אלמא דס"ל דחיליה דמיגו עדיפא מפני שהוא כעדים, לכן כל זמן דאינו מנגד לעדים ממש מהני ליה חיליה דמיגו כתוקפא דעדים, ומש"ה רבה לשיטתו הוא דק"ל גבי מודה במקצת דליהימני' בל"ש במיגו דכופר הכל, איברא מזה גופא תסתיים דאפי' לרבה דאלימא ליה חיליה דמיגו כל כך, אפ"ה לכפור ביותר הורע כחה ועמדה רק כתוקף חזקה לחוד לכן מהני לממון, ולא מהני לאפטורי משבועה, ומש"ה גופא הוא הוכחתו של רבא, דבע"כ צ"ל דבטענת לקוח בא לידו מתחלה נאמן, ולהכי נאמן גם על הקיילה במיגו דלקוח, לפי דבטענה זו מש"ל דלא יכפור ביותר וכמ"ש לעיל [בסי' הקדוס] אבל לא בשאר מיגו, ומשני אביי בדליכא עדים והוא דלא ראה, וס"ל כתירוצם דתוס' דגבי מודה במקצת א"כ במיגו דלא שכרתיך, דאל"כ קשי' סיפא דנתנו לו נשבע ונוטל כקושיית תוס', וא"כ גם כשהטלית ביד האומן לא מש"ל לשיטתו דילטרך האומן למיגו על גוף הממון, ואז יפטר ממילא גם משבועה שעליו במיגו דהחזרתי וכמש"ל לדעת תוס' וש"פ, הגם דס"ל לתוס' דבמודה במקצת ל"ל מיגו דלא שכרתיך גם על גוף הממון, מ"מ כשהטלית בידו הו"ל הילך וכמש"ל, אבל לדעת הר"י מיגא"ש לשיטתו [מובא בנ"י ריש ב"מ] דס"ל דלא מש"ל גבי משכון דין הילך, רק במשכנו בשעת הלואתו דקניא ליה בכסף שהלוה לו, וכן במשכנו שלא בשעת הלואה ע"י ב"ד דאלימא כחא דב"ד, אבל לא היכא שהלוה מודה במקצת ונותן לו משכון ע"ז, דלא קניא ליה במשיכה, כיון דלא קני' ליה לגמרי, דמנה אין כאן משכון אין כאן, וא"כ גבי אומן נמי כיון דלא בא לידו מתחלה בתורת משכון, גם השתא אע"ג דתפיס ליה, ל"מ לפוטרו משבועה מטעם הילך, דלא עדיף מנתנו לו הלוה בעצמו, וכ"פ הרמב"ם להדיא בפי"א מהלכות שכירות הלכה ח' [ובפ"ד מהלכות טוען ונטען הלכה ו'], כיון דגבי אומן אפי' כשהטלית בידו א"ל המיגו לגוף הממון, כיון דכבר זכה בעיקר הממון ע"י תקנתא דשכיר, דאע"ג דליכא עדי שכירות ולא עדי מלאכה, כיון שהוא מודה במקצת תו ל"ל מיגו, והשתא ממילא כיון שאינו צריך למיגו רק לפטור משבועה, א"כ גם לתירוצא דאביי דמיירי בליכא עדים ולא ראה, הרי הוא מצד ההכרח, דהא דנאמן על הקיילה בלא שבועה הוא ע"י מיגו דלקוח, וגבי לקוח כבר ליתא משום תקנתא דשכיר, שהרי טוען על גוף החפץ, ואז יהיה נאמן בטענת לקוח במיגו דהחזרתי, הגם שיכפור ביותר הוי מיגו מעלייתא דלענין ממון ל"ל ביה כמו גבי עיזי דאכלי חושלא, ותו לית כאן מקום לדון ולומר דנאמן על הקיילה במיגו דהחזרתי, כיון דגבי קיילה אין הנידון רק על השבועה לחוד, ולא מהני לכ"ע מיגו לאפמ"ש היכא שיכפיר ביותר מדהשתא, א"ו דמתחלה דנין משום מיגו דלקוח, ואז לא יכפור ביותר, והדר מהימנינן ליה לקוח במיגו דהחזרתי, דהשתא דפני הנידון על החפץ עצמו, מהני נמי מיגו דהחזרתי, ולפ"ז מובן ממילא דלשיטתו אי איפשר לפרושי תירוצא דאביי דמשני בדליכא עדים דאפי' עדי מלאכה נמי ל"ל, וכמש"ל [בסי' הקדוס א"ב], ולשיטתו ל"ל בזה תעלה והרופה, שהרי אפי' בכה"ג ל"ל לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, כיון שמודה במקצת הוא, אלא בע"כ צריכין לומר דה"פ, אל תדמה שאתרן לך בדרך רחוקה דאיכא עדי מסירה, וקיילה לא נגמר בפניהם לגמרי, והשתא מהימן בלא מיגו כלל, דאתיא כמ"ד דאומן קונה בשבח, ודמי לדינא דתשובת הרשב"א הנ"ל, אלא לעולם בדליכא עדים והוא דלא ראה:

והשתא דוק ותשכח דאם נימא בדבר אחד מני היסודות הנ"ל דלא כשיטתו, שוב אין מן ההכרח מתירוצא דאביי דאומן נאמן בטענת לקוח ע"י מיגו, ולכן אין מן התימה כ"כ על הרב בהלכות:

ה **לכאורה** יש להבין כיון דרז"ה ורמב"ן הסכימו לדברי הרב בהלכות, וגם ר"ת ס"ל כן [כמו שהביאו המלחמות והטור (סי' קל"ד) משמו] אמאי לא מובא דעה זו בש"ע כלל, ובטור הביאם, והלא כלל גדול בידינו [מובא בסמ"ע סי' כ"ה ס"ק י"ט, ועיין בתשובת מהרי"ק שורש כ"ג], דלעולם פסקינן כדעת הרב בהלכות, רק היכא שהתוס' חולקין עליו, ונראה דשאני בזה מפני שעיקר הדבר תליא בגרסת הש"ס בפ' שבועת הדיינין גבי אל תפרעני אלא בעדים ואמר פרעתיך בפני פו"פ, דלגירסא דידן דגרסינן נאמן, אזי נפל עיקר היסוד של הרב בהלכות לחדש כזאת, דאומן שאני מכל התורה דכל ראייתו הוא מקושיית אביי א"ה בעדים נמי, משמע דלדידי' ל"מ מיגו באומן כלל, וכל זה ההכרח הוא רק לשיטתו דגרס שם אינו נאמן, וממילא גם למ"ד דצריך לפורעו בעדים ג"כ אינו נאמן, כמ"ש הרמב"ן במלחמות ה', איברא לדידן דגרסינן נאמן, הרי יש לנו כמה דרכים לפרש את ההי הכי דקאמר אביי, בל"ז, וכמ"ש לעיל [בסימן ס"ו אות ה' ו'], תו אין לנו לחדש דבר תימה כזאת [וזהו כוונת הרמב"ן במלחמות ה' שהקדים שם את גירסת הרב דגרס אינו נאמן, והדר מפרש דכל עיקר יסודו הוא מן אי הכי דקשי' לאביי, דלכאורה קשה הלא אין קישור לדבריו, דמה איכפת לן הכא במה דס"ל לרבה בדין פרעתיך בפני פלוני ופלוני, ונראה להדיא דהלין מן ההכרים, דבלא"ה נפל ואזדא ליה כל עיקר היסוד בכללו], וכיון שכבר חפש ויגע הרבה בזה, הרמב"ם ז"ל בגירסות ישנות ועתיקים, ובכולם הגירסא דנאמן, ולהכי בש"ע [בסי' ע'] דלא הביאו כלל לגירסא דאינו נאמן, ומש"ה גם [בסי' קל"ד] לא הביא כלל לדעת הרי"ף דאומן אינו נאמן במיגו, אכן בטור דהביא [בסי' ע'] דעת הרי"ף דאינו נאמן ודעת החולקים, הביא ג"כ [בסי' קל"ד] דעת הרי"ף ודעת החולקים, דחדא בחברתה מיפך שייכי:

גם מה שכתב הרמב"ן במלחמות ד' שם דלמ"ד דצריך לפורעו בעדים אינו נאמן במיגו דנאנסו, מפני שצריך להחזיר בעדים כמו באל תחזיר אליבא דידן, הוא להקדים ולחזק דינו של הרב ז"ל דאומן אינו נאמן במיגו, שכל עיקר ראייתו הוא מן אי הכי דקשיא ליה לאביי, וכי היכי דלא נימא כמ"ש לעיל [בסי' ס"ו באות ו'] שהוא מיתורא דתנאי, והא תינח לאביי, דלא צריך לגופה כיון שגם בעדי ראיה לחוד סגי, מפני שאין בתפיסתו ראיה, אבל לרבה הרי צריך גם התנאי לגופה, לכן הקדים דס"ל להרב בסברא פשוטה לפום גירסתו, דאם אמר פרעתיך בפני פו"פ דא"נ, דאפי' בפקדון לס"ד נמי הדין כן, אע"פ שיש לו מיגו דנאנסו, א"כ לומר שקיים תנאו ופרעו בפ"ע והלכו להם, ואפי' במפקיד בעדים לחוד ולא התנה כלום נמי, ומעתה תו לא נותר למפלט בדרך סלולה לפרש דברי א"ה, אם לא דלאביי תקנת חכמים הוא גבי אומן דלא נאמינהו במיגו, וראיה לזה דגם באומר החזרתי בפני פו"פ א"כ במיגו דנאנסו, לדידן באל תחזיר, ולרבה גם בסתמא כשמסרו לו בעדים נמי דינא הכי, דאלת"ה קשיא הא דתנן אומן אין לו חזקה, והרי כשטוען לקחתי בפני עדים [דמאן דזבין בפרהסיא זבין] והלכו להם, יהיה נאמן במיגו דנאנסו, וטעמא דמילתא דכיון דנשמע מדברי רבה דצריך לפורעו בעדים, אלמא דס"ל דכמלוה בשטר דמי, דבכל טענה דאתי לאורועי שטרא ל"מ, ואפי' במקום דליתא לחזקה דשטרך בידי מה בעי לא מרעינן לשטרא, וראיה לזה מהא דמבואר בש"ע [סי' ע"ג סעיף ד'] וז"ל בד"א במלוה ע"פ כו' אבל אם היתה המלוה בשטר כו' וטען המלוה שלא קבע לו זמן וכו' ישבע המלוה היסת ויגבה חובו מיד, ועיין בש"ך שם [ס"ק י'] דשטר עדיף בזה מטוען על המשכון דצריך לישבע בנק"ח, משא"כ בשטר דלא נשבע רק היסת, [ועיין בש"ע (סי' ע' סעיף ג') לדידן באל תפרעני אלא בעדים, וטוען שפרעו דא"ל לישבע, ומשמע בסתמא גם בטוען אישתבע לי דלא פרעתיך, הרי דעדיף עוד משטר, וה"נ לרבה דס"ל דצל"ב דשוה בזה לא"ת לדידן, ועוד דלדעת הרמב"ן עדיף עוד מא"ת לדידן דהא בא"ת נאמן לטעון פרעתיך בפני פו"פ, משא"כ לרבה דס"ל דצל"ב דאינו נאמן], ומבואר בש"ע [סימן פ"ב סעיף י"ב] בטען הלוה שהשטר נעשה על תנאי ולא נזכר ממנו בשטר דא"כ, ועיין בש"ע [סימן מ"ב סעיף י"ד] בא לגבות ממעות המקום שילא בו השטר, וטען הלוה שהמעות שאני חייב לו הוא פחות מזה המטבע, ישבע המלוה ויטול, וכיון שבררנו דגם במקום דליתא לחזקה דשטרך בידי מאי בעי לא מרעינן שטרא, יומתקו לן דברי הרמב"ן, המחוסרים הבנה, דאמאי א"כ לטעון פרעתיך בפני פו"פ היכא דאית ליה מיגו, דבשלמא בטוען פרעתיך בלא עדים א"כ במיגו דנאנסו, דאפ"ל משום דהוי כמיגו במ"ע, משא"כ בטוען פרעתיך בפני פו"פ, טעמא רבה בעי

בעי אמאי א"כ במיגו. ולדברינו אתי שפיר כיון דיש לו דין שטר, ובשטר איכא פלוגתא [ב"ב דף ע'] אי נאמן במיגו, וע"כ רבה ס"ל כהך מ"ד דא"כ כמ"ש לעיל, והכי מוכח נמי מסוגיית הש"ס דמקשה מראה עבדו ביד אומן אי דאיכא עדים ל"ל ראה, הא י"ל בפשטא דמיירי בטוען לקחתי בפני פו"פ, דאי לאו עדי ראה היה נאמן במיגו דנאנסו, א"ו דס"ל לרבה דגם במיגו א"כ:

סימן סט

בדבר החזקות לכל הלכותיהם ופרטותיהם הנהוגים פה עיה"ק ירושלים תובב"א, אשר נתיסדו משנים כבירים, ע"פ גאונים וצדיקים וקדושים אשר בארץ המה ונשמתם לצלה"ח בגנ"מ, הן המה חכמי ספרדים זללה"ה, והיום נשאלתי מחכמי אשכנז שליט"א לחוות דעתי השקו"ט בזה עפ"י דתוה"ק, ומתחלה מאנתי להזדקק לזה מכמה טעמים כמוסים וגלוים, אכן לאחר שהפצירו בי בדברים של טעם, לא יכולתי לומר נואש, ואחוה את הנראה לפענ"ד להלכה ולא למעשה, עד שיסכימו רוב החכמים וגדולים שליט"א דבקרתא הדא:

והנה בעיקר הנידון אם יש ביכולתנו לשנות אפס מנהו בדבר שנראה בעליל שנשתנה בדורנו מאשר היה לפנים ויסתעף חלילה מזה לגרש כמה שכנים מלהסתפח בקרתא קדישא הדא, כגון בנידון שוכר ומשכיר, שעד כה היה השוכר מרויח בכפלים יותר ממה שנתן לישמעאלים, ואעפ"כ היו הדיורין במקח השוה לשוכרים מהם, אכן עתה שנכפלו דמי השכירות אצל הישמעאלים, והמשכירים מבקשים גם את כפלם כאשר השכינו עד כה, ילחצו השכנים יותר מדי, ועתה נדבר הדברים בקוצר אמרים את הנראה לפענ"ד בעזה"י:

א **הן** נודע דאין ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו, אלא א"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין [גיטין דף ל"ו:], אע"ג דהיכא דלא פשטה ברוב ישראל אזי גם קטנים מהם יכולין לבטל לדעת תוס' [שם בד"ה אלא] ורמב"ם [פ"ב מה' ממרים ה"ב] כמו שהתיר רבי שמן [לבד דעת הראב"ד (שם) דס"ל דדוקא היכא דאיכא תרתי לריעותא, שלא פשטה, וגם אין רוב הצבור יכולין לעמוד בה, אבל בחדא לריעותא צריכין דוקא גדולים מהם], אכן בנידון דידן דלא התקינו מתחלה אלא בקרתא דשופריא הדא, וכבר נתפשטה פה מדור דור, פשיטא שאין ביכלתנו להפיל גדור ארזה, כמו שמבואר בתוס' שם, וז"ל, ומיהו בדבר שלא תקנו שיתפשט האיסור בכל ישראל אלא במקום אחד דוקא וכו' גדול יכול להתיר ולא קטן, עכ"ל:

ב **איברא** לכאורה נראה דבנ"ד שהוא דבר שבממון לבד, דכיון דב"ד יכולין לעקור את ד"ת אפילו בקום ועשה משום הפקר ב"ד, מכ"ש דקטנים יכולין לבטל את דברי הגדולים היכא דרואים לפי העת והזמן שהשעה צריכה לכך בדבר שבממון לבד משום הפב"ד, וכן מבואר בתוס' יבמות [דף ע"ט:] בד"ה בימי רבי, אבל ז"א שכבר הקשה המג"א [בסי' תר"ל סוף ס"ק כ"ב] על התוס' מגיטין [דף ל"ו] גבי שמיטה, ומתרץ דשאני התם שיש בו משום מילתא דאיסורא שנמנעו העם מלהלוות, ה"נ בנידון דידן מסתמא הגאונים הקדושים נ"ע מעיקרא לא נכנסו בעובי הקורה אלא משום ישוב ירושלים, ובכדי שלא ירבו מוסר ומתן ממון של ישראל בידי ישמעאלים שלא ירבו הרבה קופלים על חצר אחד:

ג **היכא** שנשתנה הענין עתה מאשר היה כבר בדורות שלפנינו שאז היו רוב חצירות פנוים, והשכנים מועטים, לא כן עתה שנהפוך הוא, ויתרבה עול המדהבה על השכנים, הן טרם שנרדה בזה לעומק הדין לאחר התקנות גדולות שהתקינו הגאונים הנ"ל, מן החובה להודיע שעפ"י דינא דגמרא ופוסקים אין שום קדימה להשוכר יותר מאחרים, הגם דמבואר בט"ז [סימן קע"ה סעיף נ"ט] דיש לשוכר דין מצרן, זהו בבית שדר בו אבל לא בשוכר להרויח, וכ"מ לשונו שם, וכן מה שמובא בהגה"ה [סי' רל"ז סוף ס"א] דיש חר"ג שלא להסיג גבול בשכירות בתים מן הישמעאלים, הגם דמשמעות לשונו הוא אפי' כשאינו דר בתוכו, ושכרו להרויח, שכן כתוב שם, וה"ה במקום שנהגו לשכור הסלואה וכו' עי"ש, מסתבר מילתא דזהו נגד אחרים דעלמא, אבל לא נגד השכנים שדרים בו, שכבר עליהם טורח להשיג דירה אחרת, ובקושי ימצאו, אזי פשיטא דמצד הדין הם קודמים לשוכר להרויח, וראיה לזה שהרי אפי' במצרן גמור שא"צ רק להרווחה ולנוקח דחיקא ליה שעתא ואין לו מקום לדור, הלוקח מדחה את המצרן כמבואר ברמ"א [סי' קע"ה סעיף מ"ט], מכ"ש בנ"ד שהשכנים שדרים בתוך החצר יש להם דין מצרנות מצד הדין והשוכר להרויח אין בו משום תורת מצרן, אזי פשיטא שהם קודמים, ואיך יעלה על הדעת שרבינו גרשון יתקן להיפוך, גם במאי שהשכנים שדרו כבר קודמים לאחרים אפי' שרוצים להוסיף על השכירות, הם קודמים בדמי שכירות שנתנו, הוא ג"כ רק מצד תקנות קבועות שמנו כאן מהגאונים זצוק"ל, דמצד הדין הגם שיש להם דין מצרנות זהו כשיתנו במחיר שיתנו אחרים, אבל לא בפחות מזה, נמצא דנראה בעליל שתקנו הגאונים בזמנם מילתא דשוה לכולהו למשכירים ולשוכרים בדורותם, ולהרבות ישוב ירושלים עיה"ק, ועתה באפס מנהו נסבו בלכתן בדורותינו לקלקול הישוב. ולפום רהיטא נראה קצת דאעפ"כ אין כח בידינו לעקור תקנתם דמבואר בפסחים פ' מקום שנהגו [דף נ':] גבי בני בישן וכו' א"ל אבותינו איפשר להו אנן לא איפשר לן, א"ל כבר קבלו אבותיכם, ופי' רש"י שם וז"ל הוי איפשר להו להמנע מן השוק שעשירים היו, ומשמע אע"ג שעי"ז ילחצו ויתמעטו בכבוד שבת, אבל לקושטא ל"ד כלל לנ"ד דהתם לא נשתנה הענין בעצמותו, ועשירות ועניות מצויין בעולם, אבל הכא שנשתנה הענין בעצמותו מהיפך להיפוך, פשוט וברור לפענ"ד דיכולין לשנות אף בדורותינו, שאנחנו יתמי דיתמי לגבי הגאונים הנ"ל, ודבר זה מתורת רבינו משה נלמד שכתב בתשו' רמ"א [סי' כ"א] שמחלק כן להדיא שם מהאי דבני בישן לגבי הא דר' יוחנן בן זכאי שעקר תקנה ראשונה לאחר חורבן, ופסק שם לדינא כן גבי בני ווינציאה שיהיה החופה בלילה מפני שאי איפשר להצניע עם טבילתן ביום כיון שדרים כל בני העיר בעגולה, ושיבא גם את הגאון מהר"י שתיקן לשנות ההנהגה הקודמת. איברא עודנה צריך ביאור קצת, מדוע לא הביא רמ"א שם דעת הרמב"ם [פ"ב מה' ממרים ה"ב] דאפי' היכא שנשתנה הטעם א"י לעקור תקנה ראשונה אלא בגדולים מהם בחכמה ובמנין, והראב"ד השיג עליו מהא דריב"ז, והכסף משנה הליץ בעדו דריב"ז היה גדול בתורה כמוהם, והלח"מ תירץ באופן אחר יעוי"ש, וא"כ בעובדא דווינציאה דל"ש תירוציהם, מנלן שגם קטן מהם יכול לשנות. איברא נראה שהיה פשוט בעינו הבדולה לחלק דש"ה גבי ריב"ז הן בענין קבלת עדות החודש והן בענין פירות דמע"ש שלא היה הטעם גלוי לכל שמפני שפעם אחד שנתקלקלו הלוים בשיר לא קיבלו עדות החדש מן המנחה ולמעלה, וכן גבי מע"ש שהוא כדי לעטר שוקי ירושלים בפירות, דאולי הוא כדי שלא יבואו לטעות ולקבל עדות החודש בין השמשות, [ויעויין מ"ש התוי"ט פ"ג דר"ה בשיטת הרמב"ם דלא כהרלב"ח], וגבי פירות מפני שקדמה מצות הבאה לירושלים יותר מן הפדי' ותקנו לכל הפחות על מהלך יום א' שיבואו לירושלים, או מפני טעם אחר, וכיון שלא נודע לכל עיקר הטעם, לא נדע מפני מה ביטלו אח"כ, לכן בזה הוא דמצריך הרמב"ם דוקא לגדול מהם, ולפ"ז בנ"ד שנודע לכל יושבי שער ההבדל שנשתנה מן דורותם לדורותינו במרחק רב ועצום, פשיטא דיכולים לשנות בזה, ולהביא הדבר לעמק השוה, וראיה לזה שהרי אפי' בכמה דברים שהם מצד דינא דגמרא כגון לשאת ולתת עם העכו"ם ולהלוותם ביום אידם, ומבואר בתוס' ופוסקים שנשתנה להיתרא מפני שאינם אדוקים כל כך:

ד **ולאפושי** כחא דהיתרא בזה, נראה דיש לחקור בדבר שגזרו הקדמונים, ואז היה רוב הצבור יכולין לעמוד בה וקיבלו עליהם לדורות, ועתה נשתנה הענין בעצמותו ונראה בעליל שאין רוה"צ יכולין לעמוד בה, אזי מצד הסברא נראה דאמרינן סוף דינא כתחלת דינא, שהרי אם גזרו עתה אין בהם לד קיום כדאיתא במס' ע"ז [דף ל"ו] מכ"ש עתה שלא גזרו כלל, רק בדורותם שהיה רוב הצבור יכולין לעמוד בה, וראיה נכונה לזה מדברי תוס' ע"ז [דף ט"ו] בסוף ד"ה אימור, וז"ל וי"ל דוודאי הא דאסור למכור בהמה טמאה היינו דוקא בימיהם שהיו הרבה יהודים ביחד וכו' אבל עתה מה יעשה שלא ימצא למכור יפסידנה, ולכך נהגו הגאונים שבגולה היתר בדבר וכו' עכ"ל. וכוונתם מפני שעתה אין רוב הצבור יכולין לעמוד בה, ומעתה בנ"ד שהשכנים מרודים בכפלי כפלים מן השוכרים ואין רוב הצבור יכולין לעמוד בה, פשיטא דנכון הדבר לשנות בזה להביאם לעמק השוה:

עוד

ה עוד נלפענ"ד שיש לצדד שאלו עיקר הדין מדינא דגמ' השכנים זכו שיעמדו במקומם, ובלבד שיוסיפו לשוכר את אשר הוסיף הוא לישמעאלים בעלי החצר, הגם שאם ישכיר לאחרים ישיג דמי שכירות יותר, והנה לפום רהיטא לא נראה כן כמש"ל [באות ג'], אכן לקושטא יש מקום לדון בזה עפ"י הדין דמבואר ב"ב [דף נ"ד:] דנכסי וכו' מאי טעמא וכו', יעוי"ש בפירוש רשב"ם דתליא למילתא בעיקר הקנין והוא דישראל מעכו"ם ל"ק בכספא לחוד, ורה"פ חולקים עליו דאפי' היכא שקנה בכסף ואפי' התנה בפירוש שיקנה בכספא, מ"מ לא יצא מתורת הפקר, שאין זה תליא בתורת קנייה רק משום דלא סמכה דעתיה, ואפי' היכא שהתנה בפירוש ואמר דסמכה דעתו ל"מ מידי דבטלה דעתו אצל כל אדם, ועי"ש באשר"י ונ"י ורמב"ן דאפי' כתב לו השטר קודם שנתן לו השדה ואח"כ החזיק בהם אחר דזכה בהן, דכיון שכבר נסתלק הרי הוא כאחר ותו לא מהני מידי במאי שכתב לו השטר אח"כ, אלא צריך שיכתוב לו קודם שיקבל המעות, וכן פסקינן בש"ע [סי' קנ"ד סעיף ג'], ועיין ברמ"א שם [סעיף א'] וז"ל מיהו בשכירות קונה בכסף לחוד, וכתב הסמ"ע משום שהוא לזמן שפיר סמכה דעתיה, הרי דלדעת הרמ"א והסמ"ע ליתא בשכירות לדינא דהפקירא. איברא הט"ז והב"ח השיגו עליהם במילתא דמסתברא, ולדידהו גם בשכירות לא יצא מסוג דהפקירא עד שיכתוב לו השטר טרם שיקבל הדמים או שיחזיק השוכר בעצמו טרם שיזכה בה אחר כמבואר שם, [יעוי"ש בש"ז מ"ש לבאר במחלוקת הראשונים]. ונראה פשוט דגם לדעת הרמ"א והסמ"ע, זהו דוקא בימיהם דלא נהיגי בשטרי גבי שכירות, אבל בזמנינו שכל השוכרים מן הישמעאלים כותבים שטרא, פשיטא שגם לדעתם איתא לתורת הפקירא גם בשכירו' וזה מבואר, דכל מידי דקנין תליא במנהגא עפ"י עיקר הדין, שהרי איתא להדיא בקידושין [דף כ"ו] קרקע נקנית בכסף וכו' לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר וכו' אבל במקום שכותבים ל"ק עד שיכתוב לו, הרי להדיא דאפי' בישראל מישראל נמשך הדין אחר מנהגא, נמצא לפ"ז בנ"ד שאין הישמעאלים כותבים את השטר עד שיקבלו המעות, ומשעה שקיבלו המעות כבר הפקירו טרם שכתבו השטר והוב דינם כאחרים, כנ"ל, והשכנים שדרו משנה שעברה החזיקו בדירתם בשמושם בתוכם גם יום א' או אפי' שעה א', להבא, והם לווחים כהרוכיא שרולים לשכור גם להבא, נמצא שזכו בדירתם מתורת הפקר ובלבד שלא יפסידו לישראל השוכר, ועיין בש"ע [סי' קנ"ב סעיף א'] בגאיה סלע שאין בו לא גדר ולא פרצה דזכו בתשמיש לחוד, וממילא דה"ה גבי שכירות דתשמיש הוא החזקה:

ואי"ל דאע"ג שרולים השכנים לזכות מכאן ולהבא מ"מ לא נתכוונו לזכות מן ההפקר ומבואר ביבמות [דף נ"ב:] דעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו דל"ק, דז"א דזהו דווקא היכא דלא נתכוון לקנות כלל, אבל היכא שרולה לקנות יהיה באיזה אופן שיהיה ואפי' כסבור שהוא של חבירו לגמרי וכיון לגוזלו, ואח"כ נתברר שהיה של הפקר, דפשיטא דקנה, וראיה ברורה לזה מדברי רבא [ב"מ דף כ"ו:] נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלו עובר בכולן ואע"ג דהזירה לאחר יאוש מתנ' בעלמא הוא דיהיב ליה, הרי דקני' ביאוש אע"ג שלא נתכוון אלא לגוזלו, ולמעיין שם בשיטה מקובלת יתבאר יותר:

ו ועיין בנתיבות המשפט שם [סי' קנ"ד] שחולק על הט"ז הנ"ל ורלה להלדיק דברי רמ"א שם, וחידש דאע"ג שגם בשכירות מישמעאלים לא ס"ד אלא בשטרא מ"מ יצא מתורת הפקירא משום שלא יצא לגמרי מרשותו ולא מהני הפקר כהאי, לכן במכירה שיצא לגמרי מרשותו הוא דאית ביה תורת הפקר, ונראה שהדין עם הט"ז שהרי מצינו להדיא הפקר בכה"ג, ואפי' בפחות מזה, עיין בתוס' [דף כ"ד] ד"ה דאמרו לו נרבע שורו, שחידשו לדעת רבינו אפרים דנרבע לא נאסר בהנאה דאפ"ה זכה המחזיק במה שהוא מחיים יותר מלאחר מיתה דלא אפקריה רק שיעשה לו מיתת ב"ד, הרי להדיא דאע"ג שגוף השור ברשות בעלים קיימא, מ"מ יש בו משום הפקירא ליתרון השיווי בחיותו, מכ"ש בנ"ד שזכה בדבר מסוים בקנין פירות לזמן, אבל מ"מ לריך ליתן לישראל דמי שכירות שנתן השוכר לישמעאלים, וגם דמי החזקה כנהוג ע"פ תקנת הגאונים, דלא עדיף מאילו שכרו השכנים עצמן מן הישמעאלים שמחוייבים ליתן ע"פ תקנה דמי חזקתו לבעלים ושוכרים בראשונה, איברא היכא שהשכנים בעצמם או אחד מהם גרם בגרמא דיליה את ההוספה לישמעאלים, אזי כנגדו יכול השוכר לעשות מה שירצה כיון שהוא עשה שלא כהוגן וכו', כה נלפענ"ד וצריכין להמתיק הדבר ולעשות במתון רב, שלא יבואו לידי מחלוקת ולידי חס"ש חלילה:

דברי ידיד הקשור בעבותות אהבה לעובדי ד' ית"ש ובחיבה יתירה להוגים בתוה"ק ומתרפסים בישוב קרתא קדישא הדא:

סימן ע

בדיני מעות קונות

בעזה"י קיץ שנת תר"ו לפ"ק לאסק יע"א.

א ברמב"ם [פ"ו מהלכות מעילה ה"י] וז"ל קנה בה חפץ ולא משך וכו' ואם מן ישראל לא מעל, ובמשנה למלך הניח בתימה מש"ס ב"מ [דף מ"ח] בסוגיא דמעות קונות, ובמחנה אפרים [ס"ס י"א בהלכות מכירה בקנין מעות] עמד ג"כ על דברי רמב"ם אלו וז"ל וראיתי להרמב"ם ז"ל [פ"ו מהלכות מעילה] שדחה האי סוגיא דהכא ופסק דנהנה לשיטון לא מעל, ונראה דס"ל דכיון דחכמים עקרו קניית הדמים אע"ג דמה"ת היה קונה מ"מ עכשיו שתיקנו דלא ליקנו יש בידם לעקור אפי' לענין איסורא, וכבר כתבתי לעיל דהכי מוכח ממה שאמרו בשואל קורדום דמעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, אלמא דהעמידו דבריהם אפי' בדאורייתא מדשרו לבקע בו לכתחילה, איברא דבהלכות תרומות [פ"ט] פסק ז"ל דאם לקח פרה מכהן ונתן את הדמים ולא משך דאסור לכהן להאכילה כרשיני תרומה דמה"ת מעות קונות ולא אמרינן כבר עקרו חכמי' קנין מעות וליתסרי להאכילה תרומה וי"ל עכ"ל:

ונראה לתרץ דברי הרמב"ם על נכון, דיש להתבונן בדבריו במעילה עצמו כיון דמדאורייתא מעל בנתינת המעות וחבירו מותר ליהנות בו לכתחילה והיאך יש כח בידם לעקור בקום ועשה דלדבריהם כשחבירו נהנה בו אח"כ מחוייב בקרבן והוא חולין לעזרה לדינא דאורייתא, ואין לומר דס"ל דגם בקנין מעות תקנו מתורת הפקירא כמ"ש הריטב"א ב"מ על דברי רש"י שפירש בריש פרק הזהב [דף מ"ח] דנפ"מ בין ר"י לר"ל בקידש בו אשה דלר"י מקודשת, וז"ל הריטב"א והיינו מחוור דכיון דמדרבנן אינן קונות משום הפקר ב"ד הפקר [בהשולה דף ל"ו] אף לר"י אינה מקודשת למ"ד דלית ליה רשות להפקיעון עכ"ל, מובא בשיטה מקובלת ב"מ [דף מ"ז:] ד"ה ר"ל, ובמח"א שם ביאר דברי קדשו של הריטב"א דלגבי מקח וממכר דכיון דשניהם לא פשעו [ועיין בזי"ר חלק ראשון יו"ד ה"ב סי' ב' אות ג' מה שכתבתי שם בכוונת תוס' יבמות (דף נ.) ד"ה אזיל דהיכא דלא פשע ל"א הפב"ד הפקר], אם נאמר דמשום תורת הפקר הוא שהפקיעו קנין מעות ונעשה החפץ כהפקר לגבי הלוקח אזי בע"כ צ"ל שהחכמים השוו מדותיהם ונעשה גם המעות כהפקר לגבי מוכר כי היכי דליפקע גם קנינו במעות שקיבל וקנה מדאורייתא דמדוע יעדיפו כחו של אחד יותר מחבירו כיון דשניהם שוים מעיקר דינא דאוריי' ושניהם קנו ביחד דכל אחד קשור ותלוי בחבירו, ומעתה אם נאמר שהם חיזקו הדבר בכל תוקף ועוז שיש להם מן התורה, היה להם להפוך הדבר ג"כ בקנה המידה הזאת ולהשוות שניהם יחד, ומשה"ע לדעת הפוסקים דסברי דלאחר שהפקיעו חכמים קנין מעות שוב אין המוכר רשאי להשתמש במעות אזי אמרינן דהפקיעו קנין דאורייתא הזה על יסוד ומלבד זה שניתן להם ועשאוהו כדאורייתא ממש והפקיעו יד שניהם בשוה, מן המוכר קנינו במעות, ומן הלוקח קנינו בחפץ, איברא דיש להתבונן לדעת רוב הפוסקים דגם לאחר שהפקיעו חכמים קנין של לוקח מן החפץ, אבל קנינו דמוכר מן המעות לא הפקיעו וא"כ בע"כ צ"ל דלא משום תורת הפקירא הוא דנחתינן ביה כמבואר בלשון הריטב"א הנ"ל, וא"כ מאיזהו מקור יכולים להפקיעו דברי תורה בקום ועשה, כקושי' הש"ס יבמות [דף פ"ט] בנשואי קטנה בירושת הבעל, גיטין [דף ל"ו] גבי שמיטה, וא"ל מפני שראו טעם הגון ונחוץ לזה יותר מירושת הבעל ושמיטה, דמי מדד ושקלם להכריע ביניהם הלא גם בשמיטה עשאוהו מפני תיקון העולם ואפ"ה מקשינן עליה, [ועוד דהא תינח לדעת התוס' יבמות שם, אבל לדעת רוב הפוסקים החולקים, מא"ל], וגם א"ל דההפקעות קניינים בכדי שיקום ביניהם כאשר היה מתחילה שב ואל תעשה מיקרי, דליתא דא"כ

דא"כ גם במפריש מטמא על הטהור [יבמות דף פ"ט] נמי נימא הכי דהאי גריוא הדר לטבלו כמתחלה, וכן גבי שמיטה נימא נמי דמיקרי שב ואל תעשה דלא לשמיט ונשאר הלוה חייב לו כבתחלה, הרי דכל כה"ג כקום ועשה הוויין:

ב ולכן נראה דיסוד זה דמי ממש להא דאיתא בגיטין [דף ט'.] שכ"מ שכתב כל נכסיו לעבדו חוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד, חוזר בנכסים מתנת שכיב מרע היא, ואינו חוזר בעבד שהרי יצא עליו שם בן חורין, ועיין בתוס' בד"ה ואינו חוזר בעבד וז"ל וא"ת ואמאי יצא בן חורין והא מתנת שכיב מרע היא ואינו קונה אלא לאח"מ ואין גט לאחר מיתה, וי"ל דכתב ליה מהיום אי נמי אפי' בסתמא כיון דדעת שכ"מ לשחרר דעתו שיקנה בשעה שראוי לשחרר דהיינו מחיים, וא"ת כיון דסתמא דדעת שכיב מרע לחזור בו אם יעמוד אמאי אינו חוזר בעבד, וי"ל דהכל תקנת חכמים הוא גם מה שחוזר בנכסים וגם מה שאינו חוזר בעבד דמסתמא דעתו כמו שיאמרו לו חכמים, מיהו אם כתב בהדיא מהיום אם ימות אין נראה שיועיל לענין זה יצא עליו שם בן חורין לומר שאינו חוזר בעבד מאחר שהתנה בפירוש עכ"ל, תוכן דבריהם דמעיקרא קסברי דמשום האי טעמא לחודא יצא לחירות מפני שיצא עליו שם בן חורין, והקשו דהיאך יעקרו דברי תורה בקום ועשה כיון דמדינא אין גט לאחר מיתה וכן פירש המהרש"ל שם, ותירצו דטעם זה לא ניתן אלא לחכמים עצמם דמשום הכי ירדו לתקן בכך ובתר הכי אמרינן כיון דמסתמא דעתו דמשחרר היה על דעת חכמים וביטל דעתו לגמרי והתקשר עצמו בדעתם והרי הוא כאילו שחררו הוא עצמו מעכשיו, הגם שבדיבור אחד כתב ונתן לו עצמו ונכסים, אפ"ה אמרינן דמסתמא גמר דעתו כפי שיאמרו לו חכמים, גם לחלק ולהחלות דיבורו כאשר גזרה חכמתם, רק כשהתנה בהדיא אז נסתלק טעם זה ולא נותר רק ראשית מחשבת ומקור תקנתם שהוא מפני שיצא עליו שם בן חורין אזי תו אין ביכלתם לעקור בקום ועשה ולהתירו בבת חורין אפי' במקום שיש טעם לתקנתם כמו דמצינו בירושת הבעל ובשמיטה, דלולא דתיקנו דבריהם משום הפקר ב"ד הפקר לא יוכלו להפר דבר שהוא מן התורה אפי' בממונא, ונמצינו למדין מזה דשאני מידי דאתי ממילא ממידי דאתי מחמתיה, דכל מידי דאתי ממילא כגון ירושה או שמיטה וכדומה, א"א לתקן דבר רק בכחא דהפקירא, אבל בדבר הנעשה מדעתו דבעל הממון, טוב להם לתקן בתקנתא לחוד הן להקם דבר הן להפר, ואעפ"כ יתקיים תקנתם כדאורייי' ממש משום דאמרינן דמסתמא דעתו מקושרת כאשר יגזרו עליו, ועל אופן זה עשה הדבר מתחלה, וטוב לפניהם להלוך בזה מתורת הפקירא, שהרי גם במפקיר להדי' עדיין צריך ג"ש, עיין גיטין [דף ל"ח:] וברמב"ם פ"ח מהלכות עבדים, [ועוד שכבר בארתי בזית רענן חלק ראשון דלכמה פוסקים לאו מילתא קלישתא היא לתקן משום הפקר ב"ד הפקר רק במקום צורך גדול דלא סגי בלא"ה, אבל כל כמה דיפיקו זממם בל"ז לא נכנסו כלל לסוג זה. ובזה יתיישב קושיית צמח צדק בתשו' (סי' ל"א) ד"ה וכ"ת שהקשה דמה להו חכמים לעקור ד"ת בקנין מעות היה להם לתקן שהמוכר יתחייב באונסין, ולדברינו מתורץ קלת דחיוב אחריות אי איפשר לחייבו בע"כ רק ע"י הפקר ב"ד הפקר (פ' השולח דף ל"ו) ונתרחקו מזה כל כמה דאיפשר בלא"ה ומשו"ה עדיפא להו לתקן ע"י חזרה וכו', גם אפ"ל ע"פ סברת התוס' כתובות (דף נ"ו ע"ב) תד"ה הרי, דשומרים גופייהו ל"ח רחמנא בע"כ דידהו רק משום אומדן דעת שכל אחד מהשומרים מתחייב א"ע מדעתו בהני חיובין דרמי רחמנא עליה, וכיון דלא מצינו בדאורייתא גופא שיתחייבו באחריות בע"כ היכא דלא פשעו כלל, היכי יתקנו רבנן בהכי כיון דליתא כוותיה בדאורייתא], ומשה"ע מובן נמי דלדעת רוה"פ דמוכר מותר להשתמש במעות שקיבל גם לאחר שהפקיעו קנין ממעות דהפקעה זו בע"כ לא מתורת הפקירא ניתנה כמבואר בריטב"א הנ"ל רק משום טעם זה עצמו כיון דראו חכמים שטוב לפני כל הלקוחות דלא יקנו לגמרי כי היכי שיטרחו המוכרים להציל אזי שוב אמרינן דמסתמא גמר דעתו של אדם קשורה בדעת חכמים, שרק המה יבררו לפניהם הדרך הישרה והיותר טובה בתכליתו והרי הוא כאילו לא נתן לו מתחילה בתורת קנין כלל כמו דאמרינן גבי עבד שכתב לו במתנת שכ"מ כל נכסיו:

ג ועפ"ז דברי הב"י מובא ברמ"א [בסי' קצ"ח סעי' ה'] ברורים ומדוקים, דהיכא דהתנו בהדיא דהמעות יקנו קנו והשיג עליו הש"ך דמה מועיל מה שהתנו כיון שכבר עקרו קנין זה ודמי להתנה שיקנה בדברים לחוד דיכולים לחזור בהם, ועוד דהא כן פסקינן כר"י דאף בדבר של ממון אם מתנה על דבר שתקנו חכמים תנאו בטל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, גם מביא דברי ריטב"א קידושין [דף כ"ה:] שכתב גם להדיא שכל מקום שאמרו חכמים שאין קונין בהם אע"פ שפירשו המוכר והלוקח שיקנו בו אינו קונה מטעם הנ"ל וע"ש, ולדברינו הנ"ל תורת אמת היתה בפי זקני ומרן של ישראל דלדידן דפסקינן דמוכר חייב באחריותן של המעות משום היתר תשמיש כמבואר בטור וש"ע ס"ס קצ"ח הרי בע"כ צ"ל דלאו מתורת הפקירא הוא דהפקיעו דא"כ היאך יעדיפו כחו של אחד יותר מחבירו כיון דשניהם שוין כנ"ל, אלא וודאי האי דהפקיעו ועקרו בקום ועשה משום דמסתמא דעתו קשורה בדעת חכמים אבל כשהתנו בהדיא שיקנו הרי נשאר קנין מעות בתוקפו ואין בידם לעקור בקום ועשה כמבואר גם בעבד דהיכא שהתנה בהדיא מהיום אם ימות דיכול לחזור גם בעבד, ומה שהקשה דתנאי מפורש ל"מ בדרבנן ל"ק דמידי טעמא אלא משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם והא תינח כדחזינן שעשו חיזוק בכל תוקף שיש להם כגון בכתובה וכדומה דאפי' אם לא כתב לה מחייבינן ליה וע"כ משום הפקר ב"ד הפקר הוא דנחתי ביה, אבל בקנין מעות דע"כ צ"ל לדידן דלאו משום כחא דהפקרא הוא רק משום אומדן דעתא וכל דהתנו בהדיא הדר הדין כדמעיקרא, ומה שהקש' מדברי ריטב"א ל"ק דריטב"א אזיל לשיטתו דלאחר שהפקיעו גם המוכר אינו רשאי להשתמש במעות ובאמת הפקעה זו מתורת הפקירא נתייסדה מעיקרא ומש"ה ל"מ תנאי, אבל לדידן דפסקינן להדיא דהיתר תשמישו נשאר כדמעיקרא אזי לית מאן דפליג דמהני תנאי והדברים ברורים:

ד ומעתה דעת לנבון נקל להבין דברי הרמב"ם בפ"ע מהל' תרומו' הנ"ל בישראל שלקח פרה מכהן ונתן דמים ולא משך דאסור להאכילה כרשיני תרומה וכן להיפוך בכהן שנתן דמים לישראל דאסור להאכילה עד שימשוך, וקושי' מחנה אפרים הנ"ל שהקשה ממעילה כבר מתורץ על נכון, אמנם קשי' מאתנן דמבואר להדיא בע"ז [דף ס"ג.] בהתבעלי לי בטלה זה דמחוסר משיכה דלא הוי אתנן, וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מהלכות איסורי מזבח הלכה י"ג הרי דאזלינן בתר דרבנן אפי' להקל, ועוד קשי' לדעת האחרונים שהבינו בדבריו דמשום הכי אסור להאכילה כרשיני תרומה משום דאין כח ביד חכמים במה שהפקיעו קנין מעות להקל נגד איסור תורה כמו דמשמע מדברי מחנה אפרים שם וכן מצאתי באבני מלואים חלק א' בסי' כ"ח באה"ע ס"ק ל"ג, ודבריהם תמוהים לפענ"ד שהרי רבינו פסק בעצמו בסוף פ"א מהלכות תרומות, התרומה מזמן בית ראשון והלאה עד שיבנה ביהמ"ק בב"י ויהיו כל יושביה עליה מדרבנן בעלמא וכיון שכן זולת כל קושיות הנ"ל דברי קדשו צריכין ביאור במקומם דכיון שכל איסורו אינו אלא מדרבנן אמאי ל"מ הפקעה דרבנן בכהן שמכר לישראל בכסף ויאכילנה כרשיני תרומה, אמנם לדברינו הנ"ל דכל כחם של הפקעה זו בקנין מעות הוא משום דראו חכמים לתקן לטובת הלוקחים כדי שיטריחו המוכרים להציל, ולכן כשנסתיים מילתא שחוזר בו אמרינן דמסתמא בגמר דעתו של לוקחים המה קשורים בדעת חכמים שגם דבתחילת המחשבה נראה למו דטוב לפניהם שיקנו בכספם שהוזלו לעומת המחיר שבקשו אכן סוף דעתם למודים בדעת חכמים אשר שקלו הדבר בחכמתם העלומה שטוב לפניהם שלא יתנו כסף הוררת בחזרת המוכרים, ומש"ה ה"ה להיפוך נמי דאינו מן הדין להעדיף כחו של אחד מחבירו, ולהכי גם הלוקחים יכולים לחזור בהם לאחר שקבל עליו החוזר בו מי שפרע כמבואר, איברא כשנשלם המקח שביניהם ולא חזרו בהם אזי מה"ת נאמר שהכניסו חכמים א"ע בזה להלך נגד דינא דאורייתא ואמרינן הוברר הדבר למפרע דקנו במעות לחוד כעיקר דינא מדאורייתא שהרי מגמת חכמים היה רק שימצא חזרה במציאות שע"י כך יטריחו המוכרים להציל וכשנתקיים הדבר ולא הוקרה שום שינוי ושניהם לא חזרו אז הוברר הדבר דקנו למפרע בקנין דאורייתא והרי זה דומה כאילו התנה בפירוש מעכשיו אם לא אחזור בי עד ל' יום, [עיין קידושין ריש פ' האומר במעכשיו ולאחר ל' יום, ובריטב"א שם], והכא הגם ששניהם יכולים לחזור בהם כל כמה דלא חזרו נתברר הדבר דנתקיים המקח למפרע בקנין דאורייתא, שהרי מצינו כה"ג בעסוקים באותו ענין דשניהם יכולין לחזור וכשלא חזרו קנו למפרע [בש"ע סי' קצ"ה סע"ו וגבי קנין סודר, דאלת"ה כבר כלתה קנינו, ועמ"ש לעיל בסי' מ"ג א"ו], ומשום ה"ע לא יאכילנה כרשיני תרומה דמסתמא לא יחזרו כל אחד מהם ויתברר הדבר דקנו למפרע וכן להיפוך חיישינן דילמא יקרה איזהו אונס בפרה שקנה הכהן, [שהרי

[שהרי חייבינן גם בעלמא לשמא ימות ושמא יבקע הנוד גיטין (דף כ"ח ע"א) גבי ה"ז גיטך שעה א' קודם למיתתי אסורה לאכול בתרומה, וגבי ב' לוגין], או אולי יחזור אחד מהם ומש"ה גם כשקנה הכהן בכסף לחוד לא יאכילנה כרשיני תרומה שהרי אם תמות ויפסיד כל המקח אזי יכול לחזור בהיתר בלא מי שפרע כמבואר ברמב"ם וש"ע [סי' ר"ד ס"ג]:

אבל לענין אתנן שאני ושאני שהרי מבואר שם בש"ס ובתוס' [דף ס"ג בד"ה כגון דהיכא דאמר התבעלי לי בטלה שהם אף דקיימי כולם בחצרה דאינו יכול לדחותה לטלה דעלמא אפ"ה אין בו משום אתנן אפי' למאן דאית ליה ברירה משום דבאתנן בעינן המבורר בשעת ביאה וכיון דסוף סוף בכסף לחוד יכולים שניהם לחזור בהם לאחר תקנתא דרבנן תו_ל"ש לומר כשנסתיים מילתא שלא חזרו בהם דהוברר הדבר דקני' בכסף לחוד דמ"מ נהי דקני! אפ"ה אין בו משום אתנן כל כמה דלא הוברר בשעת ביאה ומש"ה מקשינן בהתבעלי בטלה זה הא מיחסרא משיכה, [ומתרץ דקאי בחצירה ושוייה ניהלה אפותיקי, ועיין ברש"י שם דקנתה רק מזמן ההוא והלאה אפ"ה יש בו משום אתנן כיון דאלים שיעבודה כל כך ושיעבודה ברשותה ולבסוף קנתה לגמרי יש בו משום אתנן, ועיין תמורה דף כ"ט ע"ב בפרש"י ד"ה אם עד יום פלוני וכו' וז"ל הילכך כי מטי ולא יהיב לה זוזי איגלאי מילתא דדידה הואי בשעת ביאה ומיהו אח"כ הוא דהא לא הוי דידה עד דמטי יום פלוני וכו' עכ"ל רש"י שם, וצ"ל דאיגלאי מילתא אין כוונתו למפרע, וכן משמע להדיא בסיום דבריו שם, וכן בפרק השוכר את הפועלים הנ"ל מפירושו שם נראה להדיא דלא קנתה רק אח"כ ואפ"ה הוי אתנן], והדברים ברורים וישרים, וא"ל דא"כ לעיל בתוס' ד"ה והא מיחסרא משיכה שהקשו מנתנו לסיטון מעל הוי להו לתרולי הכי דלענין מעילה אמרינן דהוברר הדבר למפרע מה שאין כן לענין אתנן, ולזה נתעורר כבוד אחי הרב וכו' מו"ה ישראל יעקב נ"י, דז"א דהכתי לא סגי בהכי מדקתני תנא מילתא דפסיק וכי ליכא דליסביה עלה לקונה ההוא שיחזור ממקחו כי היכי דלא למעול, אלא וודאי שגם שיחזור ממקחו אפ"ה מעל דאזלינן בתר דינא דאורייתא וקא קשי' להו שהרי לענין אתנן אזלינן בתר תקנתא דרבנן והוצרכו לחלק באופן אחר בין מעילה לאתנן, [ועמ"ש בזה בזית רענן ח"ר בפתיחה בדיני הואיל ובשאר מקומות]:

ה נהדרין לעניות דרבינו הגדול דקם בשיטת רבו הרי"ף, וכן הסכימו רוה"פ (עיין פ"ז מהלכות מכירה הלכה ג') דמוכר רשאי להשתמש במעות וחייב באחריותן הרי שלא הפקיעו קנין מעות מן הדמים ואמאי לא מעל, [וא"ל דחיוב אחריות הוא משום מעות מותרין, חדא דהרי מבואר בהלכות בעובדא דשומשמי ב"מ דף מ"ט דחיוב דמוכר הוא אפי' באונסין, ואנן פסקינן בסוף פרק המפקיד גבי מעות מותרין כר"נ דנאנסו לא, ועוד שהרי בפ"ז מה' שאלה ופקדון הלכה ו' א' פסק דדווקא בחנווני ושולחני ולא בבעה"ב ובהלכות מכירה הנ"ל משמע דגם בעה"ב שאינו חנווני חייב באחריותן], ולכן נראה דעיקר דינו לענין מעילה בנוי על יסודות בלורות המבוארים בתלמוד, חדא דאומרים לו חטא בדבר קל כדי לזכות חבירו בדבר חמור, שהרי בחצי עבד וחצי בן חורין כופין את רבו וכו' אע"ג דעובר בעשה כדי לזכות את העבד במצוה רבה, תוס' ב"ב י"ג תוד"ה כופין והנה טובא בתלמודא, ועוד איתא בריש ב"ק דף ח' וב"מ דף י"ד ובכתובות דף נ"ג בראובן שמכר שדה לשמעון וכו', למסקנא בין באחריות ובין שלא באחריות, וילאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בו יכול לחזור בו ומשהחזיק בו אינו יכול לחזור בו, ורבו בו הפירושים ועיין ברמב"ם בפרק י"ט מהלכות מכירה הלכה ב' וז"ל המוכר קרקע לחבירו לאחר שקנה הלוקח באחד מן הדרכים שקונין בהם וקודם שישתמש בה יצאו עליו מערערין הרי זה יכול לחזור בו שאין לך מום גדול יותר מזה שעדיין לא נכנס בו ובאו התובעים לפיכך יבטל המקח ויחזיר המוכר את הדמים ויעשה דין עם המערערין, ואם נשתמש בה הלוקח כל שהוא ואפי' כשהמילר שלו וכו' אינו יכול לחזור בו וכו' עכ"ל. וגם זה פשוט שאם נתן מעות של הקדש בשוגג קסבר של חולין הוא והיה מום במקח דמעות חוזרין בעינא איבעיא דירושלמי בקידושין פ"ב דף כ"ו גבי מכרן וקידשה בדמיהן דמעות שקיבל כגזל בידו וצריך להחזירם כמות שהם, רק דאשר"י וקנ"א רבוותא מספ"ל דדילמא דינן כהלוואה ואין ספיקן מוליא מידי וודאי של הירוש' דברירא לתלמודא דבני מערבא דצריך להחזירן בעינא, הרי נמלא דלאו מידי קא עביד ולא מעל, ונמלא דבהתלכד כל אלה יחד הרי כשנתן מעות של הקדש בשוגג לחבירו ואח"כ כשנודע שהוא של הקדש אזי מעיקר הדין והשורה היה דמלמדין את המוכר שיחזור בו ואינו צריך לקבל מי שפרע שהרי ע"י חזרה זו יציל את חבירו מאיסורא של תורה ממעילה בהקדש הא כילד כשחוזר בו ולא בא המקח לידו של הלוקח ולא נהנה בו כלל הרי זה מקח טעות דדמי ליצא עליו עסיקין עד שלא החזיק בו, דכיון שחבירו חוזר בו להדיא וגם אינו מקבל עליו מי שפרע ואין לך מקח טעות גדול מזה וכל שהוא מקח טעות שוב לא מעל, וכיון דמדינא כן הוא וכופין את המוכר על כך שיחזור בו ויעביד איסורא זוטא כדי להציל את חבירו מאיסורא רבה, שוב הדר דינא ופוסקין כפשטא דלא מעל וצריך המוכר ממילא להחזיר הדמים ליד הגזבר דלמה לן לאהדורי כולי האי, כיון שכן יהיה בסופה מוטב לדון כן תיכף ומתחילה מיד, כיון שהדין דין אמת ולדק שהרי יכולים לכוף את המוכר שיחזור בו בלא שום עיכוב ונדחה איסור שבעולם ואזי ממילא יסבב פני הדבר לדונו כמקח טעות שהרי אדעתא דהכי שחבירו יחזור בו להדיא והוא עדיין לא נהנה במקחו לא הקנו לו מעות, דבשלמא בכל קנין מעות בעלמא כבר נכנס אדעתא דהכי והקנה לו מעותיו מפני דסמך דעתו שחבירו לא יחזור בו, כיון דאיסורא רמיא עליה וצריך לקבל עליו מי שפרע, אבל הכא כיון דמדינא חוזר בו אין לך מקח טעות גדול מזה, וכיון דלבסוף יסובב כן אפוכי מטרתא למה לי ודינן כן מיד שצריך להחזיר מעות של הקדש ליד הגזבר, כיון דאיגלאי מילתא למפרע שלא היה לו מתחילה ועד סוף שום קנין במעות הללו שהרי גם בשל הדיוט כה"ג אילו נמלא טעות במקחו לא נקנה לו למפרע מידי במעות שקיבל מתחילה, ומשה"ע לא מעל נמי בשל הקדש, והדין נכון לדעת הרמב"ם פ' י"ט מה"מ הנ"ל, אמנם לדעת הפוסקים דפירשו בהא דילא עליו עסיקין דאיירי בשלא נתן מעות או דאיירי במקום שכותבין ולאו משום מקח טעות הוא דנחתי' ביה משום הכי פסקו שפיר דלר"י דמעות קונות מדאורייתא אזי בנתן מעות של הקדש על מקח בשוגג דמעל, כיון דכבר נקנה לו בקנין המעות שקיבל:

ו הב"י ביו"ד [סי' קל"ב] מביא בשם רשב"א בתורת הבית הארוך [דף קל"ט בדפוס בערלין] על הא דאמרינן במס' ע"ז דאמר רב להני סבויתא וכו' דאי לא עבדיתו הכי כי קא הוי איסורי הנאה ברשותייכו הוי וכו' ומיהו אם הקדים לו מעות מותר כדא"ל רב כי כייליתו חמרא וכו' אקדימו ושקלי זוזי מינייהו וכו' ואפי' את"ל דמעות אינו קונה בעכו"ם אלא במשיכה דוקא, וכדאמרינן בבכורות [דף י"ג] מה עמיתך בחדא וכו' אפ"ה כיון שפסק ונתן המעות ע"ד להוליאם נתנם ולקנותם מעכשיו ע"מ שיתן לו יין לבסוף, נמלא בשעה שנתנם לו לאו דמי איסורי הנאה הוא, וכשנוטל מקחו אותו שעה אין ישראל נוטל מעות ולפיכך מותר, וא"ת מ"מ אסור לעשות כן מפני שרולה בקיומו, שהרי הקונה יכול לחזור בו עד שימדוד כל מה שפסק עמו דקי"ל כור בל' וסאה בסלע יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה, [וצ"ל דשיגרת לישנא הוא דנקיט ומכור בשלשים הוא דקשיא ליה לרשב"א, דהרי יכול לחזור בו גם על שכבר נמדד, אבל בכור בל' וסאה בסלע אפי' בלא נתן מעות ראשון ראשון קנה, וכיון שיכול לחזור גם על שכבר נכנס במדידה שבתוכו נאסר, וא"כ רולה בקיומו של איסור]. ונראה לי כיון שנתן לו ע"ד להוליאם מעכשיו, שוב אינו יכול לחזור בו ממה שמדד לו מיהת, ודאמרי רב ושמואל יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה, דוקא כשלא הקדים לו מעות, אבל בהקדים לו מעות כל סאה וסאה שמשך מיהא לכ"ע קנה וכו' עכ"ל. וטעמא דמילתא אע"ג דהתנה כור שלם ועדיין לא משך כולה, מ"מ כנגד מה שמשך לא מיחסרא משיכה, וקונה במעות לחוד כמו בבלן, כיון דלא מיחסרא משיכה קונה במעות לחוד, וכמו להיפוך במקום דלא מיחסרא מעות דקונה במשיכה לכ"ע, כגון בהפקר ומתנה. איברא דעדיין יש לגמגם כיון דבשעתו לא קנה במעות שנתן לו, דאז מיחסרא משיכה, שוב הדר דינו כמלוה דאינו קונה, רק דיש לדון בזה כיון דמ"מ על דעת מקח וקנין באו לידו, וכמו בלאחר ל' יום, ויותר מסתבר לומר דסברת הרשב"א הוא דכל שמשך הרי הוא כפרעון חובו נגד הדמים שנעשו הלואה אללו, [ואין כאן מקומו להאריך בזה, שזה יולא מענייננו לגמרי]. אולם בעיקר דברי הרשב"א דמשמע מפשטות דבריו דכל שנתן לו מעות לאחר פסיקה בסתמא דע"ד להוליאם נתנם לו, ומש"ה לא הוי דמי איסורי הנאה דתופס דמים, ודלא כדעת ר"י בתוס' שם בעכו"ם [דף ע"א.] בד"ה שקולו, דאיירי כשהתנו בפירוש שמקנה לו המעות מעכשיו, וכן מבואר להדיא בת"ה שם דגם בסתמא כל שהקדים לו מעות אמרינן דע"ד להוליאם נתן בידו, ועי"ש לעיל מזה [בסוף שער ב' דף קל"ט.] וז"ל, ולפיכך נ"ל דהא הקדים לו דינר דקאמר

דקאמר לא להוליאו הקדימו לו אלא דליהוי גבי' עד שיתן יין לפועליו ויזכה בו בכדי מה שיתן לפועליו, לפי שאין בעה"ב יודע כמה יטלו פועליו ויחשוב עמו באחרונה, ואע"ג דלא פי' ר"פ כגון שהקדים לו דינר ושלא להוליאה, הייתו משום דמסתמא כל שמקדים דינר בדבר שמסופק שמא יקח ושמא לא יקח, א"כ בדבר המסופק כמה יקח וכמה לא יקח סתמו כפירושו שלא יוליא לעצמו עד שעה שיקח וכו', ל"ק דהתם הוא דפסק וקנה מיניה דבר קלוב, והלכך כל כי הא כי מקדים לו לאפוקינהו מהשתא יהבינהו, וכדאמרינן התם כיון דפסק סמכה דעתיה, כלומר זכה מהשתא בדינר, וכל הסיא סוגיא דהתם בהכי ריהטא, עכ"ל. ועפ"י הקדמות האלו סובבים והולכים דבריו לקמן שהבאתי לעיל, הרי דס"ל דגם בעכו"ם דאינו קונה במעות רק במשיכה בשנתן לו מעות לאחר פסיקה בסתמא אמרינן דע"ד להוליאם נתנם בידו וקנאם המוכר לגמרי, ודמי לנתן לה ואח"כ בא עליה דלא הוי אתנן, ה"ה הכא לא הוי כחליפי איסורי הנאה, וקשה דא"כ בפרק הזהב בסוגיין דאמר רבא קרא ומתניתא מסייעא ליה לר"ל דקתני נתנה לבלן מעל דוקא לבלן דלא מיחסרא משיכה, אבל מידי אחרינא דמיחסרא משיכה לא מעל עד דמשיך, ור"י מוקי לה בבלן עכו"ם, ולדעת רשב"א לתרוייהו קשיא, שהרי אפי' היכא דמדינא לא קנה אלא במשיכה, מ"מ כבר קנה אידך המעות שתחת ידו ונעשה לוה עליהם, ואמאי לא מעל, וכשם דמעל לר"י בנתן לישראל כן ימעול כשנתן הכסף לעכו"ם, וכן לר"ל להיפוך, כיון דלעולם נקנה לו המעות כהלוואה גמורה, וכמבואר בסוף המפקיד דמקשה לר"ה מאי איריא הוליא אפי' לא הוליא נמי, ודוחק לחלק בין קונה עכו"ם לקונה ישראל, ולומר משום דבדידיה דייקינן ליה, כיון דבעיקר הקנאה כאשר פסקה להם תורה, אזלינן לענין בכור וחמץ ומעילה דהקדש [בכורות דף י"ג, מג"א תמ"ח ס"ק ד' תד"ה מ"ש, וסוגיין גבי מעילה], היאך נכייל להו בתרתי לריעותא:

ז ונראה לתרץ ברווחא, דמזה ראיה ברורה לדברי רבותינו האחרונים בח"מ [בט"ז סי' ע"ג סעיף י"ט ובש"ך סי' רל"ב ס"ק ח'] דגם במעות מותרים דאינו חייב באונסים, מ"מ הרשות בידו לתת לו מעות אחרים תחתיהם, ובחכם לבי בהגהותיו על הט"ז שם השיג עליהם, דא"כ גם לר"כ קשיא מאי איריא הוליא אפי' לא הוליא נמי, כיון שנעשה לוה עליהם וקנאם לתשמישו ימעול מיד, ותירלתי דבריהם זה כמה ע"פ דברי ריטב"א בקידושין [דף מ"ז:] דגם לרבנן דמלוה לאו ברשות בעלים לאזרה, הוא מדרבנן דקונה הלוה במשיכה דכדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים, דאע"ג דבמתנה והפקר קני מדאורייתא במשיכה, הייתו כשקנאו לגמרי לגמיתות, ומשה"ע נמי בהלוואה כיון דמחוייב לשלם אעפ"י שאינו לריך להחזיר את הדמים עלמם שקיבל אפי' דאיתנהו בעין, מ"מ כיון דלא ניתן לו לגמיתות כמו מליאה והפקר, אזי לשומרין מדמינן ליה דלא קנה אלא מדרבנן, וזהו תוכן כוונתו בתוספת ביאור קלת, הרי דשלש מדרגות ישנם בקנין משיכה. א] היכא דלא מיחסרא מעות, כגון במליאה והפקר ומתנה, והקנין משיכה הוא לגמיתות אזי קני מדאורייתא לכ"ע בין לר"י ולר"ל, [לבד הרמב"ן בשיטה מקובלת פ' הזהב בסוגיין סד"ה דבר תורה דחולק ע"ז]. ב] והיכא דלא הקנהו לגמיתות, כגון בשואל ושוכר לזמן, כיון דלא קנה לגמיתות ולריך להחזירו בעינא, אזי אינו קונה רק מדרבנן. ג] בהלואה דניתן לתשלומים וא"ל להחזירם בעינייהו, אזי לא הגיע למתנה והפקר דקני לגמיתות לגמרי, והייתו דקס"ד בש"ס קידושין שם דמקשי' לר"ה דאית ליה בקע בו קנה, לימא כתנאי אמרה לשמעתיה משום דמלוה ופקדון שוים לענין משיכה, ולא דמי להפקר ומתנה דניתן לגמיתות, ומשני דע"כ לא פליגי אלא במלוה דלא הדרא בעינא, וקני מדאורייתא לרבנן משום דעפי דמי להפקר ומתנה משומרים, [וזהו לר"ה, אבל לדידן לא דמי הלואה למתנה והפקר, ואפ"ה קני במשיכה מדרבנן דלא גרע משומרים], ועיין בתומים [סי' ע"ב ס"ק כ"ד] דמכריע כן מסברא דנפשיה דגם במלוה אינו קונה אלא מדרבנן, ומביא ראיה לזה מדר' אלעזר דס"ל דתקנו משיכה בשומרים, ונימא מר"מ נשמע לרבנן, שהרי לר"מ אף במלוה לא קני במשיכה, ולרבנן דפליגי הוא משום דשאני מלוה דקני מדאורייתא, אלא ודאי דגם במלוה אינו קונה אלא מדרבנן:

נמצינו למידין דלר"ה דס"ל בב"מ [דף נ"מ.] דדוקא בקע בו קנה דלא תקנו כלל משיכה בשומרין, משום דכל משיכה דלא נקנה לו לגמיתות לא קנה כלל, בע"כ צ"ל דהאי דסברי רבנן דמלוה לאו ברשות בעלים לאזרה, משום דבמלוה קני מדאורייתא כיון דלא הדרא בעינא, אבל בשומרין כלל לא דא"ל דגם לר"ה אינו קונה במלוה רק מדרבנן דא"כ גם בשומרים נמי דל"פ רבנן בתקנתא דידהו, ולפ"ז אתי שפיר דמקשינן רק לר"ה לטעמיה דאית ליה דבמלוה קונה מדאורייתא, א"כ מאי איריא הוליא כיון דנקנין ליה מדאורייתא כהלואה גמורה, אבל לר"כ לא קשיא משום דמסתמא כר"א ס"ל דתקנו משיכה בשומרין [כמו דפסקינן והלכתא כר"כ בדינא], וכיון דלא קני אלא מדרבנן מש"ה לא מעל דלענין מעילה אזלינן בתר דינא דאורייתא, כדאיתא בתוס' ב"ק [דף ע"ט.] וכ"ה מלד הסברא דהוי כקוס ועשה, שהרי חבירו מותר ליהנות אח"כ, ולפ"ז גם דברי הרשב"א הנ"ל עולים בקנה אחד, דגם הרשב"א מודה לסברת תוס' דכל היכא דמעות קונה מדאורייתא אע"ג דחכמים הפקיעו לענין קניית החפץ; אבל לענין קנין מעות עלמם נשאר הדבר על דבר תורה, ונמלא המעות קנויות בידו מן התורה ממש, ומש"ה מעל מדאורייתא, אבל לר"ל בישראל או לר"י בעכו"ם דלא קנו במעות, וכיון דאין עליהם תורת קנין כלל, רק דאמרינן דמסתמא ע"ד להוליאם נתן בידו והרי הם כאילו באו לידו בתורת הלואה דאינו קונה אלא מדרבנן, ומש"ה בפ' הזהב דאיירי לענין מעילה דאורייתא, אזי ל"מ קנין דרבנן כלל רק במקום דמעות קונות, ולענין קנין מעות עלמם נשארו בכל תוקף כאשר היה מדאורייתא, אבל התם בהכי סבויתא דאיירי לענין תערובות איסור משום שהוא מדרבנן מהני ג"כ קנין דרבנן לחודא דלא למיהוי כדמי איסורי הנאה, וכן לעיל [דף ס"ג:] דמתרץ התם דאיירי כשהקדים לו דינר, הוצרך הרשב"א לתרץ דמסתמא כשמקדים לו בדבר המסופק וכו' סתמו כפירושו שלא יוליא את הדינר עד שעה שיקח, משום דכולהו איסורי דרבנן נינהו, והם אמרו והם אמרו דגם במלוה קני במשיכה לחוד:

ח וזה שנים כבירים אמינא לתרץ קושי' ח"ל הנ"ל בפשטא דמילתא דלרב נחמן דס"ל דפטור מאונסין כיון דמ"מ יש לו לנפקד היתר תשמיש, בע"כ צ"ל דהמפקיד הקנה לו המעות ע"ד להוליאם רק דברירה ביד הנפקד אם ירלה לקנות לתשמישם, ולכן אם נאנסו קודם שהוליאם פטור מאונסין דמאן יימר שכבר נתרלה להוליאם. אכן כשהמפקיד תובעם כשהם בעינא הרי יכול הנפקד לומר הנני מתרלה להוליאם, אבל לענין מעילה כי היכי דלא למעול אידך מסתמא לא יתרלה עתה להוליאם, [אחר זמן כביר בא לידי ספר נתיבות המשפט וראיתי שכוונתי לדעתו בסי' רל"ב ס"ק ט']:

ועפ"ז יתיישבו ג"כ דברי הרשב"א הנ"ל דהתם מסתמא בשעה שקיבל המעות לידו היה דעתו לקנותם מיד, כי היכי דלא למיהוי כחליפי איסורי הנאה, וכן הא דמקשה הרשב"א מהקדים לו דינר הכי קא קשיא ליה דנימא דמסתמא דעתו היה להקנות לו מיד, ואידך בל"ז נתכוון לקנותם מיד כי בדיניהם מעות קונות. אמנם לקושטא יש לעיין בזה טובא, דממנ"פ אם נימא דלאחר שנתרלה הנפקד לקנותם קנה אותם למפרע. א"כ באונסין נמי יתחייב דדמי לנוקח כלי מן האומן ע"מ לבקרו, כיון שאידך אינו יכול לחזור בו, והברירה רק ביד הלוקח לחוד דנתחייב מיד באונסין ב"מ [דף פ"א.], ואם נימא דבמעות מותרין דעת המפקיד היה כשיתרלה אידך לקנותם לתשמישם, אזי יקנה רק מעת ההיא והלאה, א"כ אמאי אינו לריך להחזירם לו בעיני' כיון שהמפקיד תובע שיחזירם לו לא גרע מאילו חוזר בהדיא ממה שהקנה לו מעיקרא, והרי זה דומה למקנה לחבירו לאחר ל' יום או בשאר תנאי באם, ולא בע"מ או מעכשיו, דשניהם יכולים לחזור בהם קודם שנתקיים התנאי, ובשעה שתובע מעותיו לא גרע מחוזר בפירוש. איברא דיש ליישב דבריו דכל שאינו חוזר בפירוש רק דתובע בתורת פקדון וכאילו לא הקנה לו מעולם, דדמי להא דאיתא בגיטין [דף ל"ד.] אטו התם לבטולי גיטא בעי התם לקיומי תנאי קא בעי, והא לא איקיים תנאי, וכן בשליח להולכה דאמר לגירושין והבעל אמר לפקדון, אע"ג שתובע שיחזיר לו פקדונו אפ"ה השליח נאמן, ולא אמרינן דה"ז כאילו חוזר משליחותו, משום דדמי ג"כ להנ"ל דכל שאינו חוזר בו בפירוש רק שבא מטענה אחרת ועל טענה זו אינו נאמן, ועיין בשו"ע סי' קמ"א סעיף ס' בהגה"ה דהיכא דאמר הבעל שביטלו לפני השליח והגט עדיין ביד השליח דהשליח נאמן. אמנם לקושטא נראה דכל זה הוא לרבא שם דס"ל דגילוי דעתא בגיטא מילתא היא, אבל לאביי דהלכתא כוותיה ל"ל סברא זו, רק משום דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, ואין לומר דבסברא זו גם אביי מודה דפשטא דסוגיין שם ל"מ כן, ועיין בתוס' ד"ה אי משום גילוי דעתא וכו' דמשמע דגם בסברא זו פליגי ונפקותא רבה לדינא לכמה דברים לבד מגיטין: בתוס'

ט **בתוס'** במס' עכו"ם [דף ע"א] בתוך ד"ה רב אשי, וז"ל והרוצה לחוש לדברי רש"י ור"ת, המקנה בהמה לעכו"ם לפוטרה מן הבכורה צריך שיתן העכו"ם כסף וגם משיכת העכו"ם בסימטא או לרשותו של עכו"ם, ואם אין לו רשות לעכו"ם מקנה לו הישראל חדרו בביתו והעכו"ם ינעול ויפתח, דבהכי קנה ליה לרשות ואח"כ ימשוך העכו"ם הבהמה לאותו חדר וכו', ונראה להחמיר ולהקנות לעכו"ם דבר שעושה אותה טריפה כגון הריאה והראש מן הבהמה או מן העובר כשהיא מעוברת עכ"ל. וצריך להבין דלמה להו שימשוך העכו"ם הבהמה לאותו חדר, הלא חצירו הוא וחצירו של עכו"ם קונה לו כישראל, כדלקמן שהקשה הש"ס ותיקני ליה כליו, [ועיין במקור חיים סי' תמ"ח]. ונראה דזה קאי כשהקנה לו מן העובר לחוד, וכיון שהבהמה נשארת למוכר ה"ז ככליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה, ולהכי הצריכו משיכה, דמשיכה מהני אפי' בכליו של מוכר, לדעתם כמבואר בדבריהם במס' בבא בתרא [דף פ"ה:] ד"ה לא:

סימן עא

בדיני דכליו של לוקח

בעזה"י חורף תר"ב לפ"ק פה ק"ק לאסק.

ב"ב פרק המוכר את הספינה [מדף פ"ד: עד דף פ"ז.]

א **דברי** הרשב"ם התמוהים, דס"ל דמהני קיבל עליו ברשות מוכר, כמו שהקשו התוס' [דף פ"ה] ד"ה ארבע עיי"ש. נראה לפענ"ד ליישב, דבשיטה מקובלת בסוגיין ד"ה ברשות, מביא בשם עליות רבינו יונה שני טעמים בהא דנתמלא המדה ללוקח, חדא דכמו דיכול לזכות בעצמו לאחרים, כן יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים בא מירה בעלמא, וכיון דאמדינן דעתיה שלאחר שנתמלא המדה רוצה להשאילו ללוקח, הרי הוא כאילו אמר בפירוש שכליו יקנו ללוקח, והטעם השני שהרי הלוקח קונה את הכלי עם הפירות, עי"ש: ויש להבין דאם נאמר גם בכהאי גוונא דקונה שניהם כאחד, כמו דאמרינן גיטה וחצירה באים כאחד, א"כ במתני' דתני אם היה פיקח שוכר את מקומן, וכן בהא דאמרינן ומקומו מושכר לו, ותני עלה בסיפא ונתקבלו שכר זה מזה, אמאי צריך לשכור, אף באמירה בעלמא יקנה שניהם כאחד, וכן בגיטין גופא מוכח דבכהאי גוונא בששניהם של הבעל לא קנתה אחת בחבירו, דאם לא כן למה מצרכינן בריש פרק הזורק דתיזיל ותימוד ותפתח, אלא ודאי אף לדעת הפוסקים דע"י תשמיש קונה המקום להיות כחצירו ממש אף לקנות על ידו, אבל מ"מ היכא שהמקום והפירות של המוכר לא קנה אחד בחבירו, כיון שלא היה שום יציאת רשות מן המקנה, ואינו דומה לגט ושיחרור, שחצירה בא ממילא לרשותה ע"י גיטה, ואינה צריכה שום הקנאה, וכן ידו של עבד שאינו צריך להקנות לו את ידו, רק ע"י השיחרור קונה את עצמו ממילא, [ועיין בקצוה"ח סי' ר' ס"ק ה' שמחלק באופן אחר]:

אמנם כל זה היכא שהמקום והפירות של אחד, אבל במדה של סרסור שקונה את המדה מן הסרסור ואת הפירות מן המוכר, קונה את המדה ע"י הפירות ואת הפירות ע"י המדה, ומידי דמסתבר הוא, כיון שהמשאיל רוצה להסכות את הלוקח בזה שהשאילו כדי להצניע את הפירות, מה איכפת ליה למשאיל אם הפירות הם של עצמו או של אחר, סוף סוף כיון שרוצה בכך זו עצמו הנאה שלו, שישאיל לו הכלי להצניע הפירות של המוכר, וכיון שיכול לקנות את המדה אף ברגע זו שהפירות עודם של המוכר, להכי ברגע זו קונה גם את הפירות ע"י המדה, ואין לך הנאה גדולה מזו שע"י זה יסוב קוטב קנינו, וכפי הנראה בעליל מדעת הרשב"ם דס"ל ברשות המופקדין שקונה המפקיד את המקום ע"י הפירות שלו, [וכן כתבו האחרונים בדעתו], וכן משמע בב"ק [דף מ"ה:], על כרחך ס"ל דקיבל עליו מהני, לפי שקונה ג"כ ע"י שימוש הפירות, וכטעם השני של רבינו יונה הנ"ל, אבל בדיבור בעלמא אינו יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים, וכן לשיטת הרמב"ם [פ"ד מה' מכירה] לדעת הכסף משנה לא מהני קיבל עליו לחוד, אך בזה חולקים, דלדעת הרמב"ם דלא גרס כן בברייתא, גם ע"י תשמיש אינו קונה את המקום להיות כחצירו לקנות על ידו, ודעת הרשב"ם כדעת רבינו יונה דס"ל דקונה ע"י תשמיש הפירות להיות כחצירו, [ועיין בנתיבות המשפט (בסי' קצ"ב סק"ו) דפסיקא ליה דאינו קונה ע"י תשמיש לקנות על ידו כחצירו ממש, והרי להדיא דעת רבינו יונה דקונה גם ע"י תשמיש]. נמצא אם אמרינן דכליו של לוקח אינו קונה ברשות מוכר [והרישא דברשות מוכר לא קנה, איירי בכליו של לוקח], בודאי מהני קיבל עליו, כמו ברשות המופקדין דקונה ע"י תשמיש הפירות, והכי נמי קונה המקום ע"י הכלי שלו, והיינו יקנה לך כליך, דמבואר לקמן דמהני לכ"ע, אכן אם נאמר דכליו של לוקח קונה ברשות מוכר, א"כ הא דקתני דברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה וכו' על כרחך בכליו של מוכר, עודנה קשה אמאי מהני קיבל עליו:

אבן נראה דבלא זה צריכין להבין סדרי הברייתא, באם דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, א"כ במאי גרע רשות מוכרין מסימטא, ובמה העדיף רשות לוקח מסימטא, ובמה חלוקים הנך ד' מדות דנקט ואזיל, דהא כליו של לוקח קונין אף ברשות מוכר, וכליו של מוכר אף בסימטא לא קנו, ובמה העדיף כחו של לוקח היכא שקנה ברשותו מהיכא שקנה בסימטא, דהא אם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, א"כ כליו של מוכר אינן קונין ברשות לוקח, ואינו קונה רק במדה של לוקח, ובמדה שלו אף בסימטא קנה, אבל שטח סדרי דיני דהברייתא הכין אזלי, דאם נאמר דכליו של לוקח אינן קונין ברשות מוכר, א"כ הא דקתני במה דברים אמורים בסימטא, קאי אמדה של אחד מהם ראשון ראשון קנה, זהו בסימטא, אבל ברשות מוכר אפי' היתה המדה של לוקח לא קנה, וברשות לוקח אפי' היתה המדה של מוכר קנה, דחדא בחבירתה מיסך שייכא, כמבואר לדעת תוס' והשר"י, אבל אם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, בעל כרחך צריכין למימר דהא דקתני בד"א בסימטא קאי ארישא, דהיינו דהא דקתני במדה שאינה של שניהם דתליא בנתמלא ולא נתמלא זהו דוקא בסימטא, אבל ברשות מוכר אפי' נתמלא אינו משאיל את המדה אלא למוכר לחוד, וברשות לוקח אפי' כשלא נתמלא היינו משאיל אלא ללוקח, וכן הוא דעת בעל המאור ז"ל, [ואף אם נאמר דכליו של לוקח בסימטא צריך מדידה, אבל ברשות לוקח א"צ מדידה, ואיכא נפקותא לרשות לוקח, (וכמו שפירשו הרא"ש והנמוקי יוסף), אבל בהא דקתני ברשות מוכר ליכא נפקותא כלל בין סימטא לרשות מוכר, וגם הרי"ף והרמב"ם סבירי להו דמדד לאו דוקא]. אחר זה מצאתי דבר זה שאמרתי בפירוש הברייתא בשיטה מקובלת בד"ה בד"א בשם הר"ן ז"ל, וברוך ה' שכיוונתי לדעתו הגדולה:

עוד הוספתי בהא דקתני ברשות המופקדין לא קנה עד שיקבל עליו, הא תינח אם כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנו, איירי שפיר במילתא דפסיקא בין בכליו של מוכר ובין בכליו של לוקח, דקודם שקיבל עליו לא קנה, בין בכליו של מוכר ובין בכליו של לוקח, דהא כליו של לוקח אינן קונין ברשות מוכר, ולאחר שקיבל עליו קונה אף בכליו של מוכר, דהא כליו של מוכר קונין ברשות לוקח, אכן אם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, א"כ כליו של מוכר אינן קונין ברשות לוקח, ולפי"ז בכליו של מוכר לא איירי, דא"כ מה מהני קיבל עליו, דאף שהרשות הוא של לוקח, מ"מ כליו של מוכר אינן קונין, דהא הכלי הוא עיקר, ובכליו של לוקח נמי לא מצי איירי, דא"כ אף בלא קיבל עליו יקנה, דהא אף שהרשות הוא של מוכר מ"מ קונין לו כליו, אלא ודאי דאם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, קאי הך במה דברים אמורים דקתני וכל סדרי דיני דהברייתא שאח"כ, על מדה שאינה של שניהם, או שהמדה הוא של נפקד עצמו כמבואר ברשב"ם, וא"כ ניחזי אנן היכא דהמדה אינה של שניהם והשאילו למוכר או לנפקד לצורך הפקדון שלו, מה מהני מה שקיבל עליו הנפקד על המקום, כיון שטרם שקיבל עליו היה המקום של המוכר, א"כ השאיל את המדה רק למוכר, כמבואר לדעת רבינו יונה בשיטה מקובלת ודעת בעל המאור הנ"ל, אלא ודאי צריך לומר דקיבל עליו בפני בעל המדה, ולהכי מיד שקיבל עליו השאיל את המדה למי שהרשות שלו:

ב **נהדרין** למילתא קמייתא דדעת רשב"ם אינו רחוק מן המדה, אף אם נאמר דכליו של לוקח ברשות מוכר קונין, דמהני קיבל עליו אף ברשות מוכר, כיון דכבר נתבררו הדברים, דבלא זה על כרחך איירי סדרי הדינים במדה שאינה של שניהם, ובפני בעל המדה, [וגם דס"ל לרשב"ם דבדברים לחוד אין יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים כדעת רבינו יונה הנ"ל], אך ברשות המופקדים מהני קיבל עליו לפני בעל המדה, דקונה ע"י תשמישו מה שבתוכו, ולהכי ס"ל דאף ברשות המוכר

המוכר מהני קיבל עליו, דהיינו שהמוכר אמר שיחזיק ברשותו, ואף דעדיין לא החזיק, מ"מ כיון דבידו להחזיק ולקנות, כבר סמך בעל המדה דעתו שלא יחזור בו המוכר והשאיל את המדה ללוקח כאילו השאילו לרשות לוקח, דאף שלא נתמלא משאילו רק ללוקח, והוא קונה את המדה ע"י הפירות ואת הפירות ע"י המדה, כאשר בארנו למעלה דעת רבינו יונה דמן אחר יכול לקנות את האחד ע"י חבירו. אמנם רבוותא דמקשי קשייתא ומדחים דעת רשב"ם לגמרי, ס"ל דדיבור לחוד יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים, שפיר מקשים דברשות מוכר בודאי לא מהני כה"ג:

אמנם לדעת הרשב"ם כאשר בארנו יש לתרץ גם קושיא זו, דא"כ ליערבינהו וליתנינהו בהדי הדדי, רשות מוכר ורשות מופקדים, דאף אמנם במה דקתני בברייתא בהדיא, דהיינו ע"י מדה שאינה של שניהם, דהא על קוטב זה חלוקים כל המדות דנקט ואזיל, אם נאמר דכליו של לוקח ברשות מוכר קונין, או אם נאמר דכליו של לוקח אינן קונין ברשות מוכר, דמהני קיבל עליו ברשות מוכר, לפי שקונה המקום ע"י הכלי, כמו שקונה ברשות המופקדים ע"י הפירות, אבל מ"מ איכא הבדל ביניהם בדברים שאינם בשום כלי, כגון במתאכלי דתומא, דברשות המופקדין מהני גם בזה קיבל עליו, משא"כ ברשות מוכר, שאין יכול לקנות כי אם ע"י הכלי:

ג ובזה יש ליישב קושיא עצומה של רמב"ן במלחמות ד', דהקשה לדעת בעל המאור והפוסקים, דס"ל דכליו של לוקח ברשות מוכר וכליו של מוכר ברשות לוקח, חדא בחבירתה מישך שייכא, מאין נובע להם זאת, דהא אף דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנו, עדיין לא מוכח דרשות עיקר ומבטל את הכלי לגמרי, דאף אם שוים המה במה יצאו מרשות המוכר, ולהכי נמי לסיפוך לא קנה, דמסוגיא לא מוכח, רק אם נאמר דכליו של מוכר ברשות לוקח קונין, א"כ מוכח דרשות מכריע את כח הכלי אף לקנות, א"כ מכ"ש דכליו של לוקח ברשות מוכר בודאי לא קנו, עי"ש. וא"כ הא דהמציא בעל המאור היכא שקנה שני מקחים מן מוכר אחד, א' היה כליו של לוקח ברשות מוכר, והשני היה כליו של מוכר ברשות לוקח, דקנה ממנ"פ, אין לזה שורש ועיקר, דהא נוכל לומר ששניהם שוים, וממילא תרווייהו ברשות המוכר קאי, עכ"ל הרמב"ן. ועפ"י הנ"ל, אף שמצד הסברא אין לזוז מדברי הרמב"ן, מ"מ דינם מוכרח לשיטתייהו מן הברייתא, דהא ס"ל למסקנא אף ברשות לוקח לא קנה במדה שאינה של שניהם אלא משנתמלא המדה, כדס"ל להרמב"ן עצמו, וכאשר מבואר בדברי הרי"ף על מתני' דלקמן, והוא מטעם כיון דכליו של לוקח ברשות מוכר אינן קונין, א"כ הא דקתני בברייתא במה דברים אמורים בסימטא אבל ברשות מוכר לא קנה וכו' קאי אמדה של אחד מהם, דהיינו אף במדה של לוקח דקונה בסימטא אינו קונה ברשות מוכר, וא"כ ברישא דקתני ומחלק בין נתמלא ללא נתמלא, מילתא דפסיקא נקיט וקתני, דבין ברשות מוכר ובין ברשות לוקח תלוי רק בנתמלא, אבל במדה של אחד מהם, הוא דאיכא לאפלוגי בין רשות מוכר לרשות לוקח, דבודאי אם נאמר דכליו של לוקח ברשות מוכר קנו, בע"כ צ"ל דבמה דברים אמורים קאי רק ארישא [כמו שמבואר בשיטה מקובצת הנ"ל], אבל למסקנא דס"ל דנפשט דלא קנו, א"כ בע"כ צ"ל דקאי אסיפא, א"כ במדה שאינה של שניהם דקתני ברישא, מילתא דפסיקא קתני [לדוחק לומר דקאי אתרווייהו, דהיינו אמדה של שניהם וגם אמדה של אחד מהם], וכיון דס"ל דאף ברשות לוקח אינו קונה במדה שאינה של שניהם עד שנתמלא, וגם ס"ל דכליו של לוקח קונין בסימטא אף בלא מדד, כמבואר בבית יוסף [סימן ר'] לדעת הרי"ף שהשמיט הא דר"ז, וגם ס"ל היכא שהפירות מעורבים אף בכליו של לוקח ברשות לוקח אינו קונה בלא מדידה, כאשר מבואר בבעל המאור וברמב"ם [פרק ד' מה' מכירה הלכה י"ג] בפירקן והכניסן לביתו, א"כ ממילא הדבר מוכרח, משעתיות המדות דקתני בברייתא דכליו של מוכר קונין ברשות לוקח, דכיון דהא דקתני אבל ברשות מוכר וכו' קאי אסיפא אמדה של אחד מהם, דהיינו אף במדה של לוקח לא קנה, א"כ הא דקתני אבל ברשות לוקח כיון שקיבל עליו וכו', במה העדיף את רשות לוקח מסימטא, דהא מדידה בתרווייהו לא מצרכינן, ובמעורבים עם פירותיו של מוכר בתרווייהו לא קנה, ובמדה שאינה של שניהם דחיקא מילתא [למימר דקאי], חדא דדומיא דרשות מוכר קתני, ועוד דהא ס"ל דאף ברשות לוקח לא קנה עד שנתמלא, אלא ודאי דאף בכליו של מוכר קנה, [ועיין לקמן בסי' שאחר זה אות ב' מש"כ שהרמב"ם בעצמו מיישב קושיא זאת]:

אמנם לדעת הרמב"ן דס"ל דברשות לוקח קנה אף במעורבים, גם מברייתא לא מוכח, וגם לדעת הבעה"מ דס"ל דברשות לוקח קנה אף במדה שאינה של שניהם, אף שלא נתמלא ג"כ אינו מוכרח:

ד ולדעת הרמב"ן דס"ל כדעת הרי"ף דכליו של לוקח בסימטא קנו אף בלא מדד, וס"ל ג"כ דבמדה שאינה של שניהם אף ברשות לוקח תליא בנתמלא, וס"ל דכליו של לוקח ברשות מוכר בודאי לא קנו, דאיפשטא מברייתא דגיטין דדוקא קלתא ועסקא, וכליו של מוכר ברשות לוקח איפשר לומר ג"כ דלא קנו, וא"כ אי איפשר לומר דבמה דברים אמורים בסימטא, קאי אמדה שאינה של שניהם, א"ו דקאי אמדה של אחד מהם, ושפה סדרי המדות כך הוא, דרשות מוכר גרע מסימטא, דאף במדה של לוקח לא קנה, ורשות לוקח עדיף מסימטא דקונה כור בלמ"ד אף במעורבים, אבל בסימטא לא קנה בכור בלמ"ד היכא דמעורבים, כמבואר בשיטה מקובלת, ומשמע שם אף לדעת הפוסקים דכליו של לוקח קונין בסימטא אף בלא מדידה, זהו דוקא היכא דמכר לו כל הפירות ומדה בכך וכך, אבל היכא דמכר לו כור בלמ"ד משמע דלכ"ע לא קנה בסימטא היכא דמעורבים:

ועפי"ז ירווח לן קושיית הגמ' לקמן שהקשה לרב ושמואל מהא דקתני ראשון ראשון קנה, והקשו רבוותא מנא ליה לש"ס דברייתא איירי בכור בלמ"ד, דילמא איירי במכר לו כל הפירות. אמנם לפי מה שבארנו למעלה דעת הרמב"ן ממילא נתבררו הדברים, דעל כרחו איירי בכור בלמ"ד דומיא דסיפא, דאם לא כן מאי עדיפותא לרשות לוקח מסימטא דרישא, א"ו לענין דקנה אף במעורבים בכור בלמ"ד:

ה מה שהקשה הרמב"ן על הבעה"מ דס"ל דאף ברשות לוקח אינו קונה היכא שמעורבים עם פירותיו של מוכר, מהא דקתני עישור שאני עתיד למוד, ומהא דמדה בחבל, היעלה על הדעת שלא נקנה בשטר ובחזקה עד שימדוד, ובשיטה מקובלת מביא דעירבון קונה כנגד מעותיו אף שעודם מעורבין. איפשר ליישב דטעמייהו דהנך רבוותא דסברי דלא קנה ליה רשותן בזה, דהא תוס' בב"מ [דף מ"ז:] ד"ה נשרפו, הקשו בשם ריב"ן דלמה הפקיעו קנין מעות לגמרי, יקנו תרווייהו כסף ומשיכה, ותירצו דא"כ יפסיד המוכר דלוקח לא יצילם כיון שעדיין לא קנהו, ועיין ב"ב [דף קמ"ה] בתוס' ד"ה אינו, שמחלקים שם לרב ושמואל דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא, אמאי מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים ובמלוה בשטר גובה מן היורשים, דלגבי יורשים לא שייך קלא, ותירצו דאף דחכמים חששו לפסידא דמלוה, כיון שהוא עצמו לא חשש לתקנתו דילמא ימכור ויפסיד, גם חכמים לא חששו לתקן בעדו, והניחו על דינא דאורייתא, ולהכי היכא שהפירות מעורבין עם הפירות של מוכר, דאף אם נאמר דקנה, לא יטריח הלוקח להציל רק בעד מה שקנה, דבמקום פסידא שותף יכול לחלוק שלא מדעת חבירו [כמבואר בש"ע סי' קע"ו סעיף כ"ח ובש"ך שם ס"ק מ"ה], וכיון שהוא לא חשש לזה, גם המה לא תקנו בעדו, והניחו על עיקר הדין דשום קנין אינו קונה רק כסף, אבל במתנה דגם מדאורייתא קונה במשיכה וע"י חצירו, או ע"י כסף עצמו, כגון בעירבון או בקרקעות דלא שייך האי טעמא, קונה לכ"ע אף במעורבים:

ו בדברי רשב"ם [פ"ה] בד"ה עד שיקבל עליו נפקד במצות מפקיד וכו' או ישכור את מקומו, יש לדקדק דאם מהני קיבל עליו לחודא מה צריך לומר עוד דישכור, דמהיכא תיתי יגרע מה שישכור, ממה דמהני אף בזולת שכירות, ואין לומר דשכירות אף בלא מצות המפקיד וגם בלתי ידיעתו מועיל, דהיאך יעלה על הדעת שיועיל קנינו בלא דעת המקנה, אכן נראה דהכי פירושו, דהא בקיבל עליו הרי הוא שומר לשני כמו לראשון כיון דלא איכפת ליה בהמחאתו ולא סירב נגדו, אבל כשהשכיר את מקומו נפסק ונסתלק ממנו כל דיני שמירה לגמרי, שהרי הוא רק כאשר משכיר את ביתו וייחד לו מקום, שאין עליו דין שמירה, ולהכי כשלא השכיר אם הלך הלוקח אצלו ואמר לו במעמד המוכר, כבר נפסק המקח ביניהו, ומעתה ישארו הפירות אצלך כאשר היה מקדם עד כלות הזמן שקבלת עליך, והנפקד קבל עליו כמאמרו, בכהאי גוונא לא קנה הלוקח עודנה, דבמה יצא המקום מרשות המפקיד אשר עד עתה קנוי בידו, אף שהיה במעמד המוכר דהא בשתיקתו לא נקנה ולא נעתק הרשות ממנו, דאין לומר שהרי הוא כאילו חזר הנפקד משמירתו וממילא קנוי הרשות בידו, דהא לא נתברר חזרתו לפנינו, דאדרבא חיזק את חיוב שמירתו אשר קבל עליו מאז, ולא איכפת ליה בין השני לראשון, ולהכי דקדק בלשונו כשקבל עליו במצות המפקיד, שהרי הוא פוטר אותו

אותו בפירוש מחיוב שמירתו, וממילא הדרא קנין רשותו ליד הנפקד וכשקבל עליו לשמור לשני מקנה רשותו לו, משא"כ כשהשכיר את מקומו במעמד המוכר, אף שלא אמר לו ולא מידי, כיון שכבר נסתלק מעליו כל דיני שומרים, שהרי הוא כאילו חזר בפירוש, ופועל יכול לחזור, ובמעמד המפקיד ושתק אזלתו חזרה, ועיין בבית יוסף [סי' ר' סעיף ב'] שדקדק בלשונו עד שיאמר לו המוכר ויקבל עליו ע"פ מאמרו:

ז **וישׁ** להקשות לרב אסי דס"ל דקרקע סימטא קנה וכליו של לוקח ברה"ר לכ"ע לא קנו, מהא דתנינן בפרק הניזקין במס' גיטין [דף נ"ט: דף ס"א.] מצודות חיות ועופות יש בהן גזל מפני דרכי שלום, ותני עלה באוזלי ואוהרי כולי עלמא לא פליגי כי פליגי בלחי וקוקרי, ועל כרחך מקום מצודה כסימטא דמי, דאל"כ אף בים להם תוך לא קנה, ולרב אסי אפי' בלחי וקוקרי נמי יקנה, דהא קרקע סימטא קונה לו, המגיה לדעת רמב"ן במלחמות דמפרש דרב אסי פליג על רב פפא, ונקיטא ליה דברי ר' יוחנן וריש לקיש כפשטא, דאף ברה"ר קונין לו כליו, היה איפשר לומר דמקום מצודה היא כר"ה, אבן היה קשה לדידן דא"כ אף באוזלי וכו' דים להם תוך נמי לא יקנה, ומסתימת הש"ס משמע דלכ"ע קונה, וכן פסקינן [בסי' ש"ע], ודוחק לומר דבהא גופא פליגי:

ונראה דאף לרב אסי דסימטא קונה מפני שיש לו רשות להשתמש בו כל תשמישו, ואף שהוא לכל בני הסימטא כמוכר כלוקח כולם שוים, ס"ל דגם חצר השותפין קונה, אבל מקום מצודה שאין לו רשות רק להניח רשותו לא דמי לחצירו, ומידי דהוי כמו דריסת רגל המבואר בריטב"א פ' קמא דב"מ, מובא בש"ך [סי' קנ"ח ס"ק ו'] דלא קונה ליה ד' אמות:

ח **וישׁ** להבין לסלקא דעתא דקרקע סימטא הוא כחצר השותפין שהמקום קנוי לכל בני הסימטא, א"כ מאי קפי' ליה מדברי ר' יעקב אר' יוחנן, דלמא הא דרב אסי כשהמוכר אינו מבני סימטא זו, ולהכי הסימטא הוא כחצירו לקנות מאחרים, ור' יוחנן איירי כשהמוכר הוא ג"כ מבני סימטא זו, וחצר השותפין אינה קונ' לו זמ"ז כמו דפסקינן אנן:

אבן הש"ס הוכיח דע"כ איירי כשהוא ג"כ מבני סימטא, דאל"כ אף בלא מדד יקנה לו ד' אמות, אלא ודאי שגם המוכר הוא מבני הסימטא, וכיון שקדם כליו זכה לו ד' אמות, לפי שמקומו של כלי קנוי הוא לבעל הכלי, כמבואר בבית יוסף סוף סי' ר' בשם הר"ן ותלמידי רשב"א:

ט **וישׁ** להתבונן בדברי ר' זירא דאמר שמא כו' הלא במודד לתוך קופתו, וגם במה דמקשה דברי ר' יוחנן אהדדי, דילמא חדא איירי כשנתן דמים [ור"י לשיטתיה דס"ל דבר תורה מעות קונות], וכיון שיש לו רשות ללוקח להשתמש שם לא גרע מהיתה עלייתו של לוקח מושכרת ביד המוכר, דאז הלוקח יערה ויליל, אף שכבר השכיר מקומו [ב"מ דף מ"ט:], מכ"ש בסימטא שיש לו רשות גם עתה, והכי נמי נראה לדינא דאף בחצר שאינה משתמרת דאינו קונה, אבל כשנתן לו מקצת דמים קונה ע"י כסף, [ועיין בש"ך סי' קנ"ח ס"ק ה'], וצ"ל דדחיקא ליה לאוקמי הכי, דמשמע ליה דקרקע גופא או כליו לר"ז קונים לחודא, מדלא הזכיר ממתן דמים, אכן ממתניתין יש להקשות דאם היה פיקח שוכר את מקומן, דמה לו לטירחא והוצאה יתירה, טוב לו לתתו על מקחו, ויקנה בתורת דמים, דהא בסימטא איירי, ויש לדחות דע"י שכירות המקום לא ירגיש המוכר שעושה זה כדי לקנות על ידה, דאולי צריך למקום לתשמיש קבוע:

ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם [פ"ד מהלכות מכירה הלכה ט' י'] דבמדה שהוא של אחד מהם קונה בסימטא כשהגיע לרושם, ואפילו כשהמדה היתה של מוכר, לפירוש הראב"ד והמגיד משנה והכ"מ, ודבריו תמוהין ממתניתין דמדד ולא משך לא קנה, עיין במ"מ שם ובלח"מ שהאריכו בזה, וע"פ הנ"ל נראה דעל כרחו איירי בכור בל' סאה בסלע, דעל זה מוקמינן בש"ס בהגיע לשנתות, וכיון דאכן מספקא לן אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, רק מחמת דלוקח תפיס א"כ הלוקח יכול לחזור בו, כמבואר בנמוקי יוסף, אכן לרמב"ם דהיקא ליה זה דקנה לגמרי משמע, ומדוייק ג"כ בלשונו, שהרי שם [בהלכה ח'] מסיים ואין אחד מהם יכול לחזור, וע"ז נקיט ותני [בהל' ט'] וכן, הרי להדיא דעליה קאי, וא"כ ע"כ כשנתן דמים איירי דאז אין שניהם יכולין לחזור בהם, ולהכי קונה אף במדה של מוכר בסימטא, דכיון דנתן דמים לא גרע מעלייתו של לוקח מושכרת ביד המוכר, [ועיין בכ"מ פ"ג הלכות מכירה ה"ו וש"ך סי' קנ"ח ס"ק ה', דלהרמב"ם ג"כ השמש בעלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר, משום דבכהאי גוונא מעות קונה ויפרח ויליל]:

סימן עב

עוד בסוגיא הנ"ל

א **הרמב"ם** [פרק ד' מהלכות מכירה הלכה ז'] כתב וז"ל, היו הפירות בסימטא או בחצר של שניהם ואפי' היו ברשות לוקח והיו בתוך כליו של מוכר וקיבל עליו המוכר למכור, והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו של מוכר, אם אמר לו כור בלמ"ד אני מוכר לך יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה הואיל ועדיין הפירות בכליו כו', וכליו של מוכר אינן קונין ללוקח אע"פ שהוא ברשות לוקח, ואם אמר לו כור בלמ"ד סאה בסלע ראשון ראשון קנה, שכיון שפסקו הדמים על כל סאה וסאה, כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה נגמרה מכירתה הואיל ואין הפירות ברשות המוכר [ולא ברשות לוקח] ואילו לא היו הפירות בכליו של מוכר, כיון שהן ברשות לוקח קנה משפסק אע"פ שלא מדד כמו שבארנו עכ"ל, ונושאי כליו האריכו לפרש דבריו, ועיין בכ"מ שהעלה, דגם ברשות לוקח בכליו של מוכר הרי המדידה כאילו אמר לו זיל קני, אמנם כן ברשות לוקח דכיון שהקנה לו כליו קנה לו רשותו ממילא, אבל בסימטא ובחצר של שניהם אף שהקנה לו כליו, מכל מקום במאי קנה, ולכוונה זו מפרש הכ"מ דרישא דקתני יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה קאי אכולהו, אבל סיפא דקתני ראשון ראשון קנה, לא קאי אלא ארשות לוקח דוקא וכו' עיי"ש, אמנם לו גם כדבריו מרישא גופא קשיא דאם מדד כל הכור קנוי לו, ועודנה קשה, כיון דמדד במדה של מוכר לתוך כלי של מוכר היאך יקנה, ואפי' לתוך קרקע סימטא גם כן לא קנה, וצ"ל דרישא איירי בוודאי במדה שאינה של שניהם, ולהכי כשגמר כל המדה ומדד כל הכור נקנה המדה למפרע ללוקח, כדעת הרא"ש שחולק על ר"י, מובא בטור סי' ר', [וכן נ"ל בלאו הכי לדעת הכ"מ שמפרש דברי הרמב"ם, דלהכי קנה בכהאי גוונא דהוי כאומר לו זיל קני, ועיין בלח"מ מה שהקשה עליו מדברי הלכות שהאריך, דעל כרחך רב ושמואל איירי בכהאי גוונא, דאילו היה בכליו של לוקח ברשות מוכר הא קיי"ל דלא קנה, ולדברי כסף משנה אמאי לא נאמר דמדידה הוי כאומר לו זיל קני, דעדיפא לענין רשות מלהקנות לו הכלי כמבואר בפוסקים, ותירץ שם, כיון דהוי מענין המדידה, להכי אמרינן דהוי כאילו משאיל לו הכלי, מה שאין כן הרשות שאינו מענין המדידה, ולדבריו כיון שלא השאיל לו אלא הכלי של מדה, שהוא מענין המדידה, א"כ בכור בל' כשגמר כל המדה היאך קנה, כיון שלא קנה בשעתו, אלא על כרחו צ"ל דס"ל כדעת האשר"י דקנה למפרע]:

ומה שהוכרח הכ"מ לפרש דלא קאי אסיפא, הוא דכיון שמכר לו כור בל' סאה בסלע, ומדד לו בסאה שאינה של שניהם, לא עדיף משנתות דאיירי ג"כ כשאמר לו הין בי"ב לוג בסלע, ואע"פ כן לא קנה במדה שאינה של שניהם כשהגיע לשנתות עד שנתמלא המדה לגמרי, דמחמת ספק לא יצאה מרשות מוכר כמבואר בכל הפוסקים, ה"ה והוא הטעם כשאמר לו כור בל' סאה בסלע, היאך יקנה ראשון ראשון כיון שעדיין לא השאיל לו המדה עד שיתמלא הכור לגמרי, כן נראה לי לפרש דברי הכ"מ:

ב **אמנם** בעיקר הדברים דברי הרמב"ם תמוהים מאד, הן בדינו הן בלשונו כמבואר לכל רואה, ועוד יש לדקדק בדבריו [בהלכה ח'] וז"ל וכן המוכר יין או שמן, דמבואר בלשונו שלא שדינים הללו עד כה איירי דוקא בפירות ולא בדבר לח, וכן מה שדקדק בלשונו שיגביה ויערה, דלאיזה צורך מהני הגבהתו של מוכר, ומאין הוציא דינים חדשים הללו נגד כל הפוסקים, ועיין בנתיבות המשפט [סי' ר' ס"ק י'] מה שהקשה לדעת רמ"א [סעיף ה'] דבכליו של מוכר אפי' אמר ליה זיל קני לא קנה, והיאך סתם [בסעיף ז'] כדברי הרמב"ם:

ונראה לפענ"ד ליישב דבריו על נכון, דלכאורה קשה בשקלא וטריא דהכא, אם כליו של מוכר קונה ברשות לוקח, מהא דאמרינן בפרק

בפרק השואל [דף ק"ב] הקולט מן האויר הרי אלו שלו, דמיירי לרבא אפי' כשלא הדביק בשולי הפרה ובאגר דמשכיר ותורא דאתי מעלמא, ואפ"ה לא קנה לו חבירו, לפי דאויר שאין סופו לנוח היכא דמפסיק כלי פשיטא ליה דלא קנה, ואם כן היאך יקנה הלוקח בכלי של מוכר ברשותו, כיון דמפסיק כלי. אמנם לפענ"ד נראה ברור דכמו דאמרינן בפרק קמא דב"מ [דף י"ב] גבי מתגלגל, דבדבר של הפקר לא קנה עד שרץ אחריו ומגיעו, ופירש"י שם [דף י"א: ד"ה והוא שרץ] דכיון שיכול לרוץ אחריו אע"פ שלא רץ אחריו אפ"ה קנה, ובדעת אחרת מקנה קונה אע"פ שרץ אחריו ואינו מגיעו, אמנם כשזרק בפתח זו ויצא בפתח אחרת, מיבעי' ליה אפי' בדעת אחרת מקנה, וכשמפסיק כלי אפי' בדעת אחרת מקנה פשיטא ליה דלא קנה, אמנם כן, זהו דוקא היכא שבעה"ב לא עמד אז בצד הפתח כשזרק חבירו, אבל היכא שעמד בצד הפתח והיה יכול לנעול הפתח, הרי זה כאילו היה מתגלגל בדבר של הפקר דפשיטא ליה לש"ס דלא קנה, ואפ"ה כשיכול להשיגו פשיטא ליה לש"ס דקנה, מכש"כ באויר שאין סופו לנוח בדעת אחרת מקנה, דמיבעיא ליה לש"ס אזי כשיכול להשיגו, בוודאי מהני ליה לקנות אע"פ שלא השיגו, ומזה נלמד לידון בשוין, דהיינו היכא דמפסיק כלי בדעת אחרת מקנה דשוה למתגלגל בדבר של הפקר, דבשיהיה פשיטא להו דלא קנה, אבל כשיכול להשיגו אזי בשיהיה קנה:

ועתה נרדה ונראה בהא דפליגי ר"י ורא"ש, מובא בטור [סי' ר'] בכור בשלשים ומדד כל סאה וסאה במדה של לוקח בסימטא, דלדעת ר"י לא קנה, כיון דלא קנה בשעתו היאך יחול הקנין לאחר שגמר הסאה האחרון, ודמי למשוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום דלא קנה, אמנם לדעת האשר"י קנה למפרע, דאמרינן דעתו היה שיקנה למפרע, ודמי להיכא דאמר ליה מעכשיו, אמנם הדעת מכרעת, אף לדעת האשר"י דקנה למפרע, היינו שכל סאה וסאה קנה בשעתו לאחר מדידתו, אבל לומר שיקנה כל משהו ומשהו שבא לתוך המדה של הלוקח, בזה גם האשר"י מודה, כיון שהקפיד על המדה ועדיין לא נודע מדתו, וכן משמע להדיא למעיין בש"מ וז"ל בד"ה רב ושמואל וכו', אבל כשמדד כל הכור בכליו של לוקח, איגלאי מלתא שקנה כל סאה וסאה משעה שהיה מושך אותה, או משעה שהיה מודד אותה המוכר בכליו של לוקח עכ"ל, הרי אף שמדד לתוך כליו של לוקח לא קנה אלא כל סאה וסאה:

ועפי"ז מתורץ היטב מה דקשי' לפי דברינו הנ"ל, דאף באויר שאין סופו לנוח ומפסיק כלי היכא דאיכא דעת אחרת מקנה, שוה למתגלגל בדבר של הפקר, והיכא דיכול להשיגו בשיהיה קנה, וכן הדעת מכרעת, ואם כן הדברים מה מיבעי' ליה בכליו של מוכר ברשות לוקח, אם הכלי עיקר או הרשות, או לדעת הרמב"ן דפשיטא דלא קנה, כיון דשניהם שוין הרשות והכלי, עודנו לא יצא מרשותו, דאמאי לא יקנה ללוקח אויר חצירו, קודם שהגיע לאויר דפנות הכלי, [דקנין כלי הוא מטעם חצר, כמבואר בשמ"ק בב"מ דף י"א], וגם אויר חצירו אינו קונה אלא מה שהגיע לדפנות, כמבואר תוס' גיטין [דף ע"ט: ד"ה כגון], ואף דהוי כאויר שאין סופו לנוח ומפסיק כלי, כיון שהלוקח שם הרי יכול לסלק את הכלי קודם שהגיע לאויר דפנות הכלי, ודמי לרץ אחריו ומגיעו, דקנה בדעת אחרת מקנה אפי' באויר שא"ס לנוח ומפסיק כלי, ואף שעדיין לא נודע מדתו, ולוקח מסתמא מדה שלימה קנה, הא לדעת האשר"י קנה למפרע, והכא נמי כל פורתא ופורתא יקנה למפרע בשעה שהיה באויר חצירו, טרם הגיע להויר דפנות של המוכר, [ואילו סילק הכלי ואח"כ מדד בלקיחתו מקרקע היה קונה, וכיון דיכול לסלק הוה כאילו סילק, ויקנה גם כן ע"י מדידה שאחר כך למפרע], אמנם כאשר בארנו, דגם לדעת אשר"י לא קנה רק כל סאה וסאה שהגיע כבר למדה, אבל מה שלא נמדד ולא נודע בשעת מדתו, גם רבינו האשר"י מודה דעל זה לא חל הקנין למפרע רק אחר שהגיע למדה, ובזה מספקא לן אם דפנות הכלי של מוכר מבטל רשות לוקח או לא:

ולפי"ז המציא הרמב"ם נקודה נפלאה, דהיכא שהיה בכליו של מוכר ומדה ש"מ ומדד לתוך קופה של מוכר, באם הגביה המדה לאחר שמדד לתוכה כדי שיכול לערות הכל בבת אחת וכבר נודע מדתו, כמלא דקונה הלוקח בעודה באויר חצירו, טרם שהגיע לדפנות הקופה של מוכר, דהא בכהאי גוונא קונה באויר אפי' דמפסיק כלי, ואף בכור בל', כיון דס"ל כדעת האשר"י, ונוכל לומר שהוליא דין זה מסוגיות הנ"ל, דהא לדעתו אף בכליו של לוקח ורשות לוקח הצריך מדידה בכור בל', ולא קנה במעורבים, וגם ס"ל כדעת הלכות דמדה שאינה של שניהם אף ברשות לוקח לא קנה אלא כשנתמלא, וגם כליו של לוקח בסימטא קונה אפי' כשלא מדד כמבואר בב"י, נמצא היאך נפרנס הברייתא דד' מדות בהא דהעדיף רשותו של לוקח, דמה עילוי ועדיפות לרשות לוקח יותר מסימטא, אלא וודאי דאף בכלי של מוכר העדיף רשותו, ומאוקימתא דרב אשי מוכח להיפוך כמבואר בב"מ דרב אשי לאו לדחויי בעלמא הוקמה במתאכלי דתומא, אלא ודאי דס"ל לקושטא דכליו של מוכר אינו קונה ברשות לוקח, ולזה המציא הרמב"ם חילוק נפלא כזה, באם לאחר שמדד הגביה ומערה, אף שהניחה לתוך כליו של מוכר, הרי כבר קנה לו אוירו, [וכן הא דאמר ר"נ בר יצחק בששפכן, מפרש לדעתו, דהיינו שהגביה המוכר ועירה לתוך כליו של מוכר ואפ"ה קנה], אמנם היכא שמונחים במדה של מוכר ברשות לוקח בזה לא קנה כאוקימתא דרב אשי, דאין לומר שיקנה לו אוירו כשמדד טרם הגיע לדפנות, דהא כל זמן שלא הגיע למדה לכ"ע לא קנה, אמנם כל זה הוא בפירות, אבל בדבר לח לא שייך כל זה, לפי שאי איפשר לומר שיקנה לו אוירו טרם שהגיע לדפנות, כיון דמפסיק כלי דליכא שהות לסלק כליו של מוכר ולהניח כלים אחרים מבלו, ולהכי דייק בלישנא [בהלכה ז'] ונקט פירות דוקא, אמנם [בהלכה ח' ט'] דאיירי בסימטא, נקט יין ושמן:

ג **ודעת** לנכון נקל ליישב סוגיא דב"מ ולהשוותה עם סוגיא זו, דהא במתגלגל לא קנה בדבר של הפקר, ובדעת אחרת מקנה פשיטא לש"ס דקנה, ובאויר שאין סופו לנוח היכא דאיכא דעת אחרת מקנה מיבעי' ליה, והיכא דמפסיק כלי פשיטא לש"ס דלא קנה, אמנם לא גרע ממתגלגל בדבר של הפקר, דהיכא דרץ אחריו ומגיעו דקנה, כן הוא הדין היכא דמפסיק כלי, כגון כליו של מוכר ברשות לוקח (כיון) [והיכא] שיכול לסלק הכלי, נמצא שלא נגרע כחו ע"י הפסק כלי, ואוירו הוא כמו שהיה, אכן מספקא לי' אם (אויר) [דופני] כלי מבטל הרשות אם לא, אבל התם בב"מ דאיירי בדבר של הפקר, אזי אף אם הבעה"ב שמה, נוכל לומר הגם דמהני רץ אחריו ומגיעו במתגלגל, אבל באויר שאין סופו לנוח, איפשר דלא מהני אף שיכול להשיגו, או דאיפשר לומר דדוקא כשאין בעל החצר שם, [וראיתי בנתיבות (סי' ר' ס"ק ה') שהקשה קושי' זו מב"מ ומתרץ שם, ולאחר שלא ירד לחלק בין קודם מדידה לאחר מדידה, להכי המציא דאף שיכול לסלק הכלי, מכל מקום עדיין תלוי במה דמספקא לן באויר שאין סופו לנוח, ודחיקא טובא ליישב הסוגיא לפי דבריו, ולפי הנ"ל מוכח הסברא זו בהיכא דיכול לסלק הכלי, מש"ס ריש ב"מ]:

אמנם להיפוך לא קשה, להוקימתא דס"ל בב"מ [דף ק"ב] דאף שלא הדביק קנה, והמאי הא כליו של לוקח ברשות מוכר הוא, דאיירי שאוחז הכלי בידו וקנה ע"י הגבהה, או דאיירי למעלה מעשרה ודומה להא דאמרינן ריש הזורק היה עמה במטה, לדעת רש"י שם [ע"ח] ד"ה לגבוה עשרה, ומדברי רש"י אלו יש להמציא, דכליו של מוכר ברשות לוקח וגבוה עשרה דבודאי לא קנה, דהא מרובה מדת שלא לקנות מלקנות, [וכן כתב רשב"ם (דף פ"ו.) ד"ה ומדכליו של מוכר מטעם חזקת מרא קמא, וברמב"ן במלחמות, מובא בסימן הקדום אות ג'], ועיין תוס' שם ד"ה אמקום כרעי', דמשמע דמספקא להו בחים אחר:

ד **לכאורה** קשה מסוגיא זו, דלכ"ע קונין כליו של לוקח בסימטא לפי שיש לו רשות להניח שם, וכן ברשות מוכר אם השאיל לו רשות, אף לדעת רוב הפוסקים דלא קנה את הרשות בתשמיש הכלי, ובמס' ב"מ [דף ס"ז:] איתא ולמ"ד כליו של לוקח ברשות מוכר קנה לוקח, אפי' דלא אגבהינהו בסיסנא קנינהו, והמאי לא קנה לכולי עלמא, דהא כל זמן שלא סילק לו יש לו רשות להניח ולהשתמש, וצריך לומר כיון שיש ללוה קנין הגוף ובכל עת יוכל לסלקו, אזי הורע כחו של מלוה מחצר השותפים, דהתם בכל שעה שמשמש בתוכו הרי הוא שלו, אבל כיון שיכול לסלקו בכל שעה אין זה בכלל נתינת רשות, דאף דלא קנה את הרשות מ"מ אמרינן שמסתמא לא יחזור, משא"כ הכא, ועיין בתוס' ב"ב [דף כ"א:] ד"ה במתנה, וז"ל בתוך הדבור, ואומר ר"ת דגדול קנינו של שוכר מזה, שאפי' אם מת בתוך הזמן, המקום מושכר ליורשיו עד הזמן, ועיין:

ה **בתוס'** [דף פ"ה:] ד"ה כגון, וא"ת כיון דנתן לה רשות ומשאילה מ"מ הא בעי חזקה, ועיי"ש במהרש"א שהקשה דקושיא זו קשה גם לעיל ד"ה כליו וז"ל, אבל המוכר שמא משאיל לו רשותו

רשותו, וכן בהא דאמרינן לקמן היכא דאמר זיל קני, ונראה דבלא זה צריך להבין דאם נאמר דמספקא לן בכליו של לוקח ברשות מוכר, אם השאיל לו רשותו אם לא, א"כ אמאי אמרינן לקמן דכליו של מוכר ברשות לוקח מתלא תלוי בזה, דהא שאני בכליו של לוקח, דאמרינן שהשאיל לו גם את הרשות [עיין בנתיבות שם שעמד ג"כ בזה], ונראה בפשטות דהכי פירושא, דבודאי משאיל לו רשותא, אבל כ"ז דלא שמעינן להדיא שמשאיל לו, אם כן הרי כל שעה ושעה מספקא לן דילמא יחזור בו, כיון שלא נתברר לפנינו שהשאיל לו, ולא עדיף מאתרא דמסלקי, אכן למסקנא היכא שהבעל מוכר קלתות, הרי הוא כאילו נתברר לפנינו שהשאיל לה המקום דמסתמא לא יחזור, אזי קנה לוקח אף שלא קנה את הרשות, וליישב קושי' מהרש"א דאמי אלא הקנו מזיל קני, דהתם נוכל לומר שקנה את המקום ע"י תשמיש הכלי, משא"כ הכא אף שקלתה שלה, מ"מ לא עדיף מנכסי מלוג דכל הכלים שלה הם כנכסי מלוג דקנויים לבעל, וכיון שניהם שלו היאך תקנה את המקום ע"י קלתה ואת הקלתה ע"י המקום כיון שניהם שלו, ובמידי דצריך זכייה לא אמרינן שיבואו כאחד, ועיין בקצוה"ח סי' ר' ס"ק ה' [ומש"כ לעיל אות א']:

ו **הא** דבארנו לעיל [אות ב' ובסי' הקדוש אות ג"ה] דלדעת כמה פוסקים אף במשיכה לא קנה במעורבים, וכן הוא דעת הרשב"ם והרא"ש והרמב"ם והבעה"מ, וקשה מהא דאמרינן בחולין [דף פ"ג] בד' פרקים משחיטין את הטבח בע"כ, ובגמ' שם והא לא משך, אמר ר"ה א"ר במשך, אי הכי אימא סיפא לפיכך אם מת מת למוכר, והא משך, ולדעתם כיון שעדיין לא נתברר חלקו לא קנה במשיכה, ודוחק לומר דאיירי שכבר בירר לו חלקו, דומיא דרישא דעל כרחו איירי בשכבר ייחד לו חלקו לדעתם, דהא הפוסקים הביאו תירוץ הש"ס בשזיכה לו ע"י אחר, ולא נשמע אחד מהם לפרש דדוקא כשבירר חלקו. לכן נראה לפענ"ד דזהו דוקא בפירות ובתבואה שכל הפירות שוין, ולהכי היכא שמכר לו מדה אמרינן שכל זמן שלא מדד לא הקנה לו מידי, אבל בדבר דאית ביה שינויים מידי דמעלי וגריעי אמרינן להיפוך, שמוכר מסתמא לא הקפיד והקנה לו מיד, כדי שיברור ללוקח אח"כ מה שירצה, כמו דאמרינן בית בביתי שור בשורי מכור לך מראהו כפל מראהו אבד וגרוע [בש"ע חו"מ סי' רי"ד סעיף י"ב]:

ז **לדעת** רבינו יונה [מביאו הטור סימן ר'] דס"ל דכור בשלשים לא קנה אלא כשמדד לתוך כליו של לוקח בסימטא, אבל אם מדד והניח בקרקע סימטא לא קנה, דכיון דלא קנה בשעתו, היאך יקנה אח"כ, וקשה מהא דמקשה בעכו"ם [דף ע"א:] סוף סוף כי מטא לאוירא דמנא קניי', וי"ל לא הוי עד דמטיא לארעיתיה דמנא, דהא מסתמא קונה מדה ידוע, וכל זמן שלא הגיע למדה זו לא קנה רק כשנתמלא המדה ואז נאסר, ואף [לדעת נמו"י] דבמשיכה מודה רבינו יונה דקונה למפרע, מכל מקום מהא דמקשה הש"ס אח"כ ותיקני ליה כליו, קשה לדעתו, ואף לדעת האשר"י, כל זמן שלא הגיע למדה כלל, גם לדעתו לא קנה למפרע [כמש"כ באות ב' לעיל בשם הסמ"ק]:

ונראה לפענ"ד עפ"י סברת הר"ן בפרק שבועות שתים, בהא דאיתא התם [דף כ"ה:] אכליה לאיסורא והדר אכליה לתנאיה וכו' פלוגתא דר' יוחנן ור"ל, וז"ל שם ותמהני אכליה לאיסורא והדר אכליה לתנאיה, היכי איכא איסורא כלל, דהא משמע כל מי שאוסר עצמו בדבר פלוני אם יעשה כך, אין האיסור מתחיל אלא לאחר שיעשה אותו הדבר, אבל קודם לכן אין האיסור חל עליו כלל אפי' נתקיים התנאי אח"כ וכו', וי"ל דכי אמרינן הכי בדבר הנמשך קודם התנאי ואחר התנאי וכו', אבל זה שלא נשבע אלא על דבר אחד, אם תאמר שלא נאסר אלא לאחר שיתקיים תנאו, נמצא שיהא אפשר שיתקיים תנאו ולא יחול נדרו כלל, דהיינו אם יאכל האיסור ראשון, הלכך אמדינן לדעתו שבועתו היתה שכל זמן שיתקיים תנאו ואפי' בסוף זמן יחול נדרו עכ"ל, [ועמ"ש בתפארת ירושלים מס' נדרים אות כ"א מ"ש ע"ד ר"ן האלו דלא תקשי עליו ממתני' דאת נהנית לי עד החג אם תלכי לבית אביך עד הפסח], הרי דבמקום שאיפשר שיתבטל המעשה לגמרי, אף שהתנה בלשון אם, אמרינן דדעתו היה למעכשיו, אף שלא יפסיד מאומה רק שיוציא דיבורו לבטלה, מכ"ש בנידון דידן, שבאם נאמר היכא שמכר יין לעכו"ם לתוך כליו של עכו"ם שלא יקנה רק אח"כ, לפי דבסתמא אין דעתו על מעכשיו, נמצא שיתבטל המעשה לגמרי ויפסיד כל המקח, אלא ודאי דעתו היה על מעכשיו:

סימן עג

בדיני חצר

בעזה"י חורף שנת תקצ"ה לפ"ק פה ק"ק שעפסק יע"א.

בש"ס ב"מ [דף י"א] איתיביה ר' אבא לעולא וכו' וכי ר' יהושע ור' עקיבא בנד שדהו של רבן גמליאל היו עומדין וכו', ר"ג מטלטלין אגב קרקע הקנה להם וכו' אלא טובת הנאה איכא ממון לקנות ממנו בחליפין, ה"נ טובת הנאה א"מ לקנות על גבי קרקע, ולא היא, מתנות כהונה נתינה כתיבא בהו חליפין דרך מקח וממכר הוא וכו', רב פפא אמר דעת אחרת מקנה אותן שאני, והקושיות בסוגיא זו, א] דעת הרא"ש שפוסק כרב פפא לפי דר"פ בתרא הוא, והקשה עליו הש"ך [סי' ר' סק"א] שכל הסוגיא דש"ס קידושין [דף כ"ז] דבעי למיפשט התם דאגב בעי ציבורין, וכן פשט דקרקע במכר ומטלטלין במתנה דקונה אג"ק, משובדא דרבן גמליאל וזקנים, הרי מוכח להדיא דמטלטלין אגב מקרקעי הקנה להם ודלא כר"פ. ב] קושיות האחרונים, לדעת הרי"ף דפוסק דלא כר"פ, וגם ט"ה איכא ממון [כמ"ש הכ"מ פ"ז מה' נדרים הלכה י"א בשיטת הרי"ף] וקשה באיזה קנין הקנה להם, דמחמת חצר לא קנו, דבעינן חצר המשתמרת לדעתו, או עומד בצדו, וגם קנין אגב מקרקעי ליכא למימר דהא ס"ל ט"ה איכא ממון. ג] קושי' קצוה"ח [סי' ער"ה סק"א] לדעת תוס' ב"מ [דף ו'] סד"ה והא, דגם למ"ד ט"ה ממון אינו יכול לתבוע רק דמי ט"ה שיש לו, א"כ קשה מאי משני ר"פ דעת אחרת מקנה שאני, שהרי ליכא דעת אחרת רק בכדי ט"ה ועל המותר ליכא דעת אחרת, ועוד הקשה שם לדעת הריטב"א קידושין ס"פ האיש מקדש דלמ"ד ט"ה ממון, בגונב טבלו של חבירו צריך לשלם כל דמי טבלו, א"כ לדידיה קשה קושי' תוס' ב"מ הנ"ל בהא דתקפו כהן אין מוציאין, יאמרו הבעלים ליתן לכהן אחר. ד] קושי' השאגת אריה [סי' ע"ז] דבין לשינויא קמא ובין לשינויא דר"פ בע"כ צ"ל דט"ה ממון, דאל"כ ליכא דעת אחרת מקנה, וגם קנין אג"ק אינו מועיל אי אמרינן ט"ה איכא ממון, והתם בסיפא דמתניתין תנן דאמר ר' יהושע עישור שאני עתיד למוד נתון לאליעזר בן עזריה ומקומו מושכר לו, וא"כ קשיא דר' יהושע אדר' יהושע דס"ל בפסחים [דף מ"ו:] טהא"מ. ה] קושי' הש"ך [בסי' ר"ג סק"א] על הרמ"א שם, דטהא"מ לקנות ממנו בחליפין, וז"ל ותמוה לי דהא בש"ס פ"ק דקידושין ס"ל להדיא דר"ג מטלטלי אג"ק הקנה להם גבי קרקע במכר ומטלטלין במתנה וכו' עכ"ל הש"ך:

ונראה לפענ"ד לתרץ כל הקושיו' הנ"ל בחדא מחתא בס"ד, דהנה מבואר להדיא בערכין [דף כ"ח:] במשנה מחרים אדם את קדשיו וכו' אם נדבה ליתן את טובתם, הרי דיכול להקדיש ט"ה גם למ"ד טהא"מ, דדוקא לקדושי אשה או בגונב טבלו של חבירו למ"ד טהא"מ, אינה מקודשת, ואין הגונב צריך לשלם רק בעד החולין שבו, משום דאין לבעלים קנין בגופו, רק זכות מבחוץ הוא דזכיא ליה רחמנא, וכן איתא בספר מקור חיים [בדיני בדיקה וביטול תד"ה ועתה], ועפ"ז נראה דגם למ"ד טהא"מ ואינו יכול לקדש את האשה כיון שאין לו קנין בגוף החפץ, זהו דוקא בקידש ישראלית, אבל בכהנת אפשר לומר דלכ"ע מקודשת:

וטעמא דידי לפי שטובת הנאה דבעלים, דקליטא ליה קנינו בגוף החפץ, לא גרע מדבר שלבלי"ע ודבר שאין בו ממש וכדומה, אשר הוכחתי זה שנים כבירים דריעותא דידהו במה שאינו יכול להקנותם בשום קנין, רק מחמת הקונה נשתעפים, ולא מחמת המקנה, דלגבי מקנה בודאי מועיל, היכא דליכא חסרון לגבי קונה, מטעם ק"ו אם יכול להוציא מתחת ידו ממון גמור דאלים זכייתו גביה ע"י קנין, כ"ש שיכול להוציא מרשותו זכייה וקנין קלישא שיש לו בממון שא"ב ממש ע"י קנין זה, אבל לגבי הקונה הוא להיפוך, דדוקא בדבר דאלים קנינו חל הקנין על גופו להכניסו לרשותו, וכעין זה מצינו בנדרים [דף ע"ה] האומר לאשתו כל נדרים שתדורי מכאן עד שאבוא ממקום פלוני הרי הן קיימין, לא אמר כלום, הרי הן מופרין ר' אליעזר אומר מופר וחכמים אומרים אינו מופר, אמר ר"א אם הפר נדרים שבאו לכלל איסור לא יפר נדרים שלא באו לכלל איסור, אמרו לו הרי הוא אומר אישה יקימנו ואישה יפירנו, את שבא לכלל הקם

בא

בא לכלל הפר וכו' עכ"ל. הרי דגם חכמים מודים לר"א בק"ו זה, רק מטעם גזה"כ פליגי עליו, ונראה בעליל דיציאת רשות מן המקנה דומה בזה להפרה, והויית הקונה דומה להקם, [ואל תשיבני ממה שאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו (ב"ק ס"ט), חדא כיון שאין אדם יכול לזכות בו בשעה שהפקירו, לא נפקע רשותו ונשאר בחזקתו, וגם עיין ברשב"א גיטין בפ' השולח במפקיר עבדו דיצא לחירות, שהמציא שם דהפקר דומה כאילו הקנה לכל העולם, וגם מבואר ברש"י ונמוקי יוסף בסוגיין דהפקר מדעת חשוב כדעת אחרת מקנה]:

וא"כ לפ"ז אפי' למ"ד טהא"מ ואינו יכול לקדש בו את האשה, מסתברא דזהו דוקא אם היא ישראלית, דקלישא קנייה לגבי הקונה, לכן לא מהני הקנין להכניס הט"ה לרשותה, אבל בכהנת [וקידשה לאחר שעה דבעת קבלתה עודנה לא מיפסלא מתרומה], דלגבי הבעל להוציא מרשותו שפיר איכא ק"ו, ולגבי האשה הוי ממון גמור, רק דאיכא למיסדי ביה נרגא מחמת שלא נתן לה, הגם שבא לה הנאה מכחו ודמי לגזל אחר יאוש, דמקודשת, שאני הכא דזכייתה מחמת קדושת כהונתה, [ובסברא זאת יש מקום ליישב דברי הרדב"ז בתשו', מובא במשנה למלך (פ"ה מה' אישות ה"א) שכתב בא' שזרק קידושין לאשה ולא היו שוין פרוטה ולא הספיק להגיע לידה עד שנתייקרו ועמדו על פרוטה, דאזלינן בתר המקבל ומקודשת, ותמה עליו המל"מ דסותר דברי עצמו שכתב בתשו' אחרת באשה חולה וצריכה סממנים לרפואתה והביא א' סממנים שאסורים בהנאה וקידש אותה בהם, דאינה מקודשת, כיון דהוא אסור למוכרם בשביל חולה וליטול דמים ע"כ לאו מידי יהיב לה, והניח דבריו בצ"ע. ולפי הנ"ל ניחא, דהיכא דנתייקר בשעה שקיבלה הקידושין, שוה פרוטה לכל העולם, אבל בחולה גם בשעה שקיבלה אינו שוה פרוטה לכל העולם, רק לדידה שוה מחמת שהיא חולה ומותר לה ליהנות מזה], ועיין קידושין [דף נ"ח] ברש"י שם במתני' ובגמרא, משמע קצת מדברי קדשו דדוקא בישראלית, והגם שלכאורה ממה שהקשה הש"ס שם ממתני' על עולא, ליפני דאיירי בכהנת, אפ"ל דדחיקא ליה לפלוגי במקודשת דסתמא קתני, וניחא ליה יותר לפלוגי בתרומה, [ובשאילתות פ' קרח מבואר דגם בקידש כהנת או כהן שקידש בתו לישראל בתרומות שקיבל ממנו, מקודשת רק למ"ד ט"ה ממון, (ועיין במקנה קידושין שם), ולכאורה יקשה עליו כנ"ל, דממי הוא החסרון שלא תחול הקנין, ונ"ל דהטעם משום דלא נתן לה, וכמו שכתבנו]:

אבל מ"מ נראה הגם דאמרינן טהא"מ לקנין חליפין ואגב, זהו דוקא אם גם לגבי קונה ליכא רק ט"ה, אבל בכהן דלגביה ממון גמור הוא ואלים זכותיה וקניינו בו, רק דלגבי המקנה קלישא זכותו וקניינו שפיר מהני הקנין מק"ו, כנ"ל:

ועפ"ז מיושב קושי' (ה'), דהא דפסק הרמ"א דטהא"מ לקנות ממנו בחליפין, זהו דוקא אם לגבי הקונה ג"כ לית ליה רק ט"ה, משא"כ בעשור שאני עתיד למוד נתון ליהושע, דלגבי הקונה הוי ממון גמור, ושקלא וטריא בב"מ ובקידושין הכי אזלא דמעיקרא תרצינן דאג"ק הקנה להם, וע"ז מקשינן וכי לא היה להם סודר לקנות, אלא טהא"מ לקנות ממנו בחליפין, ה"נ טהא"מ לקנות אג"ק, והגם דעשור שנתן לר' יהושע יכול להקנות אג"ק, מ"מ העשור שנתן לר"ע ב"י לזכות לעניים, דגם לגבי הקונה ליכא רק ט"ה, לתתם לאיזה עניים שירצה, שוב אינו יכול לזכות בשום קנין להכניס לרשותו דבר קלוש ורפה כח, וע"ז מתרץ ולא היא מתנות כהונה כו', דילמא לעולם טה"מ, רק דבחליפין א"י להקנות, דמתנ'ת כהונה נתינה כתיב' ביה חליפין דרך מקח וממכר הוא, ושפיר הקנה לר"ע את מ"ע, ור"פ מתרץ דלעולם טהא"מ, ואעפ"כ מעשר ראשון שנתן ליהושע וכן תרומת מעשר שנתן ר"י לר"א בן עזריה קנו באגב קרקע, לפי דגבי הקונה הוי ממון גמור, ותו לא איכפת לן בקלישת כחו דמקנה, דגבי הוצאת רשותו איכא ק"ו, ולא קשיא לן רק במעשר עני שנתן לר"ע, דגם לגבי הקונה ליכא רק ט"ה, ע"ז מתרץ דקנה בקנין חצר, ודעת אחרת מקנה אותם שאני, וזהו דוקא במעשר עני נוכל לומר דאיכא דעת אחרת לגבי כל זכייתו, לפי שגם הוא אינו זוכה רק בכדי ט"ה, משא"כ לגבי מעשר ראשון ותרומת מעשר שהקונה זוכה בכולו, ודעת המקנה ליכא רק בכדי טובת הנאה כקו' קלוה"ח לעיל (ג'):

ולפ"ז נתיישבו קושי' (א' ג' ד') מה שהקשה הש"ך על הרא"ש, דכל הסוגיא דקידושין היפוך דעת ר"פ, דע"פ הנ"ל שני הסוגיות נלמדים יחד, דתירוצו של ר"פ לא מהני רק לגבי מ"ע, אבל לגבי מעשר ראשון ותרומת מעשר בע"כ צ"ל דאג"ק הקנה להם, דהא ליכא דעת אח"מ כפי זכיותם, גם קושי' (ג') מיושבת ממילא, דתירוצו של ר"פ רק לגבי מ"ע, וכן קושיא (ד'), דהיאך היה ר"י מקנה לר"א בן עזריה כיון דטהא"מ, דלגבי דידהו לא איכפת לן כיון שהקונה זוכה בגוף הממון, רק לגבי מעשר עני, [ועמ"ש בתפארת ירושלים מס' מעשר שני אות כ"ג באופן אחר על קושיא זאת]:

ולתרץ קושיא (ב') נראה, כיון דכל השקלא וטריא רק לגבי מעשר עני, אם כן הוא, אפ"ל דזהו דוקא אי אמרינן שהקנה לר"ע, אבל אי אמרינן כתירוצא קמא דקידושין [דף כ"ז] בהא דבעי למיפשט דשדה לאחד ומטלטלין לאחר, מעשור שנתן לר"ע, ודחי שם מאי מושכר מושכר למעשר, א"כ הקנה לעניים גופייהו, ור"ע נעשה שלוחם לבד, וא"כ דמי מעשר עני למעשר ראשון ותרומת מעשר, כיון שעניים זוכים בגוף הממון, ושפיר נוכל לומר דטהא"מ ודעת אח"מ לא מהני, והקנה לכולם באג"ק, כיון דלגבי הקונים הוי זכייה גמורה, ושקלא וטריא דב"מ אזלא לתירוץ השני, או אי אמרינן דשדה לאחד ומטלטלין לאחר קונה כדעת בעל האיבעיא:

ועל קושיא (ג') הנ"ל שהיא קושיית קלוה"ח לדעת הריטב"א, מתקפו כהן, ועיין בנדרים [דף פ"ד:] דגם הר"ן והרא"ש פליגי בזה, לפענ"ד אפ"ל דלענין דינא לא פליגי, רק שהמה מדקדקי הגונב טבלו של חבירו ואכלו דלמה נקט ואכלו, ותירצו בזה כי היכי דלא שמעינן רבותא דצריך לשלם כל טבלו דדמי להא דאמרינן בב"ק [דף כ':] ובתוס' כתובות [דף ל'] הד"ה לא, בהא חסרו שתרומיתא דאשיתא דצריך לשלם כל הנאתו, והגם דיש לחלק קצת, מ"מ כיון שלא יצא מרשותו מיקרי בעלים לגבי כולהו, הגם שלא נתחסרו רק בכדי ט"ה, ועיין:

(אב"ה) **הנה** הנתיבות [ריש סימן ר'] תירץ על קו' (א') הנ"ל, דבקידושין נקט הש"ס שפיר דבעובדא דר"ג וזקנים היה קנין אג"ק, גם לתירוצא דר"פ, דמה שאמר ר"ג עשור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא ב"י, בע"כ צריכין לומר דהיה בקנין אג"ק, דליכא למימר דהיה בקנין חצר, דלא מיבעיא לדעת הכסף משנה [פ"ד מה' מכירה הלכה ו'] שכתב בשיטת הרמב"ם שם דברשות המופקדים אצלו לא מהני שיקבל עליו הנפקד ויזכה ללוקח ע"י חצירו, רק שהלוקח ישכור את מקומו של הנפקד, בוודאי לא היה ר"ע יכול לזכות לעניים ע"י חצירו ששכר אצל ר"ג, אלא אפי' לדעת המ"מ שם דיכול הנפקד לזכות ע"י חצירו למקבל, מ"מ הא כתב הש"ך [בסי' קכ"ה ס"ק ל"ב] דכשלא הגביה הנפקד לזכות להמקבל ובא לזכות לו ע"י חצירו, בעינן דוקא שיאמר הנפקד אח"כ יזכה חצירי למקבל, וכיון דלא קתני במתני' שם שאמר ר"ע אח"כ יזכה חצירי לעניים, ע"כ לאו מטעם חצר הוא, ובע"כ צ"ל שהקנה לעניים מטעם אג"ק עכ"ד, [ונעה"ג בכת"י אאמו"ר המחבר זללה"ה]. ולפענ"ד יש לחלק בזה טובא, דזהו דוקא היכא שמונח ברשות הנפקד קודם שזיכה להמקבל, אבל בכה"ג כיון שהשכיר החצר כדי שיזכה לעניים, הוי כאילו מסר מידו ליד השליח ממש, ואף בגט דבעינן נתינה גמורה מהני בכה"ג, עיין גיטין [דף כ"א] רש"י ד"ה חצירה, כיון שהחצר הוי כידו, וע"י השכירות הוי יד השליח והוי נתינה גמורה, ואפי' תן לחוד מהני [ע"כ]:

סימן עד

בדיני מתנת שכ"מ

א בתוס' ב"ב [דף קמ"א] ד"ה נכסי לה אי דמעברת בשכיב מרע איירי וכו' ואע"ג דאמר לקמן שכ"מ שאמר הלוואתי לפלוני הלוואתו לפלוני, אע"ג דליתא בבריא אפי' בקנין, דאי איתא בבריא בקנין א"כ הוי שכ"מ ובריא שוין, מ"מ הכא ליתא בשכ"מ וכו' דכולא לאו בחדא מחתא מחתינהו, עכ"ל. ודבריהם כדברי ספר החתום, חדא במה שהוכיחו דליתא בקנין, דא"כ הוי שכ"מ ובריא שוין, דבמה שוין הרי בבריא צריך קנין ובשכ"מ מהני באמירה לחוד, וכמו שכל מתנות שכ"מ חלוק ממתנת בריא כן הוא הכא, ועוד שזהו קושי' הש"ס לקמן [דף קמ"ח], וכבר עמדתי בזה בימי חרפי ופירשתי אז בכוונת דבריהם, דעיקר יסוד דבריהם בסוף הדיבור מוסב על הא דאיתא לקמן [דף קנ"ב] מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין בי רב משמיה דרב אמרי הרכביה אתרי רכשי וכו' הרי הוא כמתנת שכ"מ שאם אמר הלוואתי לפלוני הלוואתו לפלוני, ובי רב הוא רב הונא [ש"ס יבמות (דף פ"ג), ועיין סנהדרין (דף י"ז) תוס' ד"ה אלא], ועיין גיטין [דף י"ג.]

משמיה

משמיט דרב והוא שלבורין ומוכחין וכו' ומוקי לה רב זביד בבריא וכרב הונא אמר רב דאמר מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה ועיי"ש, הרי דס"ל דבמעמד שלשתן בפקדון ולא במלוה אליבא דרב הונא אמר רב, ולקמן [דף קמ"ח] מתרצי להו בש"ס הא דהלוואתי לפלוני בשכיב מרע מהני, או מפני דאיתא במעמד שלשתן או משום דיורש יורשה, ומעתה אליבא דרב זביד דאית ליה אליבא דרב הונא דמעמד שלשתן ליתא במלוה, א"כ בע"כ צ"ל כתירוצו דרב פפא לקמן הואיל ויורש יורשה, ועיין שבת [דף קכ"ח] והא רב הונא תלמידו דרב ורב כר"י ס"ל, גם משמע להו ליסוד מונח בלא זה, דהא דשכ"מ שאמר הלוואתו לפלוני, מהני אליבא דכ"ע וליכא מאן דפליג, וכיון שכן בע"כ צ"ל שהטעם משום הואיל דיורש יורשה, וא"כ גם במזכה לעובר קנה:

ב **אולם** עדיין יש מקום להתלבט בזה, דאולי לרב הונא דאית ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, [בב"מ דף ס"ו: וביבמות דף צ"ג.], וכיון דאית ליה שיעבוד עליה והשיעבוד מביא לידי גוביינא, יכול להקנות לו מטלטלין, כמו דאית ליה לרב הונא גבי שדה זו וכו' קנויה לך מטלטלין [ביבמות שם], נמצא דלדידיה אין צריך לשני תירוצים דלקמן [דף קמ"ח], דהרי איתא בבריא בקנין מטלטלין, לזה הקשו מהאי דלקמן גבי ארכבי' אתרי רכשי, שהרי רב אית ליה [שם ביבמות] דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והתם הוה מתנה בקנין וא"כ הוי שכ"מ ובריא שוין, ומה יפוי כח איכא משום מתנת שכ"מ, והטעם דלא מהני קנין בבריא, אפי' למאן דאית ליה כר"מ דלא עדיף מנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס [ב"ב דף קנ"ז:], והכא נמי כיון שמת הנותן קודם שבא לידי גוביינא אפי' במטלטלין לא מהני מידי, כאשר בארנו בזי"ר ח"ר [דף נ' אות ב' ד'], ואפ"ה קס"ד דמהני קנין בבריא גבי חוב, משום דאפי' קודם שבא החוב לידי גבייה כבר נשתעבד לו והשיעבוד מביא לידי גוביינא, ועדיף מנכסים שנפלו כשהוא גוסס דלא היה לו שום שייכות מעיקרא בנכסים אלו, [כאשר מבואר הדבר בכמה מקומות שהאריכו בתוס' לחזק הדבר, דלא מהני קנין גבי חוב, לדידן דאינו מקנה דבר שלא בא לעולם, מכמה ראיות שונות, ומשום דקס"ד מפני שנשתעבד לו כבר, עדיף מאשר דבר שלא בא לעולם], להכי חזקו הדבר גם הכא מדברי רב גופא דגם לר"מ לא מהני בכה"ג, היכא שמת טרם שבא הדבר לידי גבייה, ועוד טעם לזה דאף לר"מ לא מהני רק כשהתנה כשיבא לידו דוקא, ואזי יכול להקנות גם מטלטלין כמו גבי שדה זו לכשאקחנה, כמבואר בתוס' לעיל [דף ע"ט:] ד"ה אימור בסוף הדיבור, אבל כשהקנה לו בסתמא לא מהני מידי:

וע"ז תירצו דלאו בחדא מחתא מחתינהו, והוא דהגם דרבנן עשאוה כירושה לגמרי, ואפי' בדבר דלא מהני קנין בבריא, משום האי טעמא גופא דהואיל ויורש יורשה, זהו היכא שהוגרע דבר הנקנה מלחול שם קנין עליו, אבל היכא שהגרעון הוא בקונה עצמו, אזי בזה לא עשאוהו כיורש, והטעם, דלא עדיף ירושה דרבנן מיורש דאורייתא, לר' יוחנן בן ברוקא, דהתורה עשאבו כיורש, אפ"ה לא מהני לר"י בן ברוקא אף כשתלד, [הגם דיורש גמור בודאי זוכה כשנולד גם לרבנן דר"י בן ברוקא], תדע מדלא מוקי רב הונא מתני' כר"י בן ברוקא ואמר בפירוש לכשתלד, אלא ודאי שגם בזה לא מהני אליבא דר"י ב"ב דדוקא היכא שהיורש הוא בעולם, אז התורה נתנה לו להנחילו כל מה שירצה, אבל כשאיננו בעולם לא, הכא נמי במאי דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו:

והנה ראיתי בס' פתח הבית [ריש סי' ל"ה] שהניח דברי התוס' בצ"ע, גם הקשה דא"כ דלאו בחדא מחתא מחתינהו, מאי הקשה הגמ' לקמן [דף קמ"ז:] על ידור פלוני בבית זה, משכ"מ שאמר הלוואתי לפלוני, ולדבריכו ניחא שגם ע"ז נמשך קו השוה ונגדר בטעם ובהכרחיות הדברי', [ועי"ש בפ"ה שרצה לבנות דיק ע"פ דברי הלח"מ (סוף פ"ה מהלכות זכיה ומתנה) דלמאן דאית ליה דמזכה לעובר לכשתלד דלא קנה, גם בן הנולד לאחר מיתה אינו יורש כלל, כבר כתבתי בזי"ר ח"ר (דף פ"ז סוף אות ב') שדבר זה כמו זר נחשב, דליבום בן הנולד לאחר מיתת אביו פוטר מיבום (נדה דף מ"ד) דילפינן מבן אין לו, ומבואר הדבר במס' ב"ב (דף קט"ו.) יבמות (דף כ"ב: תוס' ד"ה בן אין לו, דיבום ונחלה שוין, (וגם גבי נחלה כתיב ובן אין לו במדבר כ"ז ח')]:

אחר זמן כביר שערכתי דבריי הנ"ל, הנה נזדמן לפני ספר הר"י מיגא"ש על שבועות [שנדפס בפראג] ובסופו איזה תשובות מגאוני הזמן, מובא שם [בדף ל"ד] בשם הגאון הקדוש מוהר"ר עקיבא איגר זצ"ל, וז"ל ומש"כ מורי חמי הגאון דלשון תוס' ב"ב [דף קמ"א:] ד"ה נכסי וכו' אע"ג וכו' שצריך תיקון דכוונתם דהא דארכביה אתרי רכשי, עכ"ל, ולא ידענו כוונתו בזה, ויראה שפירש גם כן דברי התוס' כמו שכתבתי לעיל:

ג **עוד** ראיתי שם תשו' מהגאון מהר"ס סופר מפרעשבורג זצ"ל אשר השיב לכבוד חמיו הגאון הנ"ל, וז"ל ואשר בדק מרנא מו"ח הגאון במי שמנחיל נכסיו על פיו וריבה לאחד, אם יכול להנחיל גם מלוה שאינה ניתנת במתנת בריא כגון מלוה על פה של עכו"ם שאינה במעמד שלשתן וכיוצא בו, או נימא כגון דאין בה קנין גם להנחיל אינו יכול וכו', שוב הראני וכו' שכבר ישב על מדוכה זו הגאון מליסא [בסי' רפ"א], ושם הביא ג"כ ראיה דאין האב יכול להנחיל דבר שלא בא לעולם, מב"ב [דף קל"ג] דדחיק למלוה נפקא מינה אי נוטלו משום מתנת שכיב מרע או משום ירושה, ולא אמר איכא בינייהו דבר שלא בא לעולם, דבמתנת שכ"מ לא קנה, והאב יכול להנחילו, אלא ע"כ דאינו יכול, ובמחילת כבוד הגאון לפום רהיטא לא עיין, דהסוגיא קאי לפרש דברי רב הונא ורב הונא הא סבירא ליה בעלמא אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וגם במתנת שכ"מ יכול ליתן, ולא הוה מצי למימר הך איכא בינייהו, ואני תמה מאד על הגאון מהרי"ט והגאון מליסא, הא ממקומו הדבר מוכרע, ב"ב [קמ"ח ע"א] דאמר ר"פ הואיל ויורש יורשה, ופי' התוס' דדבר שלא בא לעולם אין מליאות גבי יורש, דבן היורש פירות דקל משום שקנה בגוף הדקל, פירוש לדבריהם, שהרי אי אפשר שיהיה להמוריש פירות דקל מבלי שיהיה לו בגוף הדקל, שאפי' מוכר דקל לחבירו ושייר פירות לעצמו, אמרינן בהשאיר לעצמו מקום פירותיו, כמבואר ב"ב [דף קמ"ח], ואם כן מוריש לבניו מקום הפירות, ואין מליאות שיורים דבר שלא בא לעולם, על כן ליתא במתנת שכיב מרע, כן פי' כוונת התוס' וכו', ואי ס"ד שיכול להנחיל לבניו פירות דקל מבלי מקום דקל, א"כ שוב משכחת ליה יורש יורשה אפי' בירושה דממילא, כגון ראובן חילק נכסיו על פיו ונתן דקל לבנו שמעון ופירות לבנו לוי, ומת לוי וירש קהת בנו פירות דקל, א"כ תיהוי נמי בשכ"מ, אלא ע"כ מוכח מזה בפשיטות, כי היכי דאינו יכול להנחיל לדבר שלא בא לעולם, היינו עובר, הכי נמי לא יכול להנחיל דבר שלב"ל, וזה ברור בלא פקפוק בעזר הי"ת, [וכן כתובה תשובה זאת בחתם סופר חלק ח"מ סי' ק"נ]:

ולפי ענ"ד דברי קדשו לא מחוורים בזה, מש"כ לפום רהיטא לא עיין וכו' דר"ה לטעמי' דאית ליה אדם מקנה דבר שלב"ל, דהרי בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס או לאחר מיתה גם לר"מ לא קנה כדאיתא [דף קכ"ז ע"ב], גם מש"כ דממקומו מוכרע וכו' לאחר העיון לא מצאתי בזה נוכחת, שהרי עיקרו של מבוכה זו אם יכול להנחיל בדבר שלבל"ע, הוא בדבר שכשיבא לעולם יזכה בהם זכייה גמורה ע"פ מוסדי הדת, כגון חוב דלא מטיא לידיה, או ירושה שנפל לו ממקום אחר, דאם יבא לידו בחייו יזכה בהם, וגם כשמת זכו בהם יורשיו אח"כ, דתחת אבותיך יהיו בניך כתיב, בכגון זה חקרו לדעת אם יכול להנחיל למי שירצה מבניו אם לא, אם נאמר כיון שהתורה נתנה רשות להנחיל הרי זה כירושה דממילא לכל דבר, ומשפט אחד לכולם במסורה אחת, או דילמא דמכל מקום לגבי הנותן בעינן שיהיה לו יד וזכות בנחלה זו שמורישה, גם למוכרו וליתן במתנה אז יכול להורישה, והמקבל ממנו זכה משום ירושה, אבל בדברים שאין לו יד ורשות ליתנם לאחרים, גם להורים לא אפשר, וזכו בהם אז היורשים דממילא, אמנם באופן זה שהמליא הגאון הנ"ל בנתן דקל לאחד ופירות לאחר דלא הקנה לו מקום הפירות, א"כ בכהאי גוונא הרי לא עדיפי ידן דיורשים מן המוריש עצמו, שהרי לגבי עצמו נמי אם אמר בפירוש שמשייר לעצמו רק הפירות, אזי גם כשיבאו הפירות לעולם, לא יזכה בהם מידי, ואיך יעלה על הדעת שיעדיף כחו דאתי מחמתיה יותר משל עצמו, רק דלגבי עצמו אמרינן בעין יפה משייר ושייר מקום הפירות, אבל אנן השתא כשהורים רק הפירות לחוד אנו דנין, אזי ממנו תולאות הגבול אלפני המנחיל עצמו, וכשם שהמנחיל אין לו יד וזכות לזכות בפירות לחוד ששייר לעצמו, מכל שכן הנוחל דאתי מכחו:

בדבר

סימן עה

תשובה בדיני מתנת שכ"מ

[תשובה זאת נתחלקה לארבעה סימנים]

בדבר הצוואה של הרבני הגביר המפורסם היקר מהו"ר יעקב צמח ניסים ז"ל, במדינת בבל בקהל באגדד יע"א. נשאלתי בזה פה עיר הקדושה תובב"א, מאת ידי"נ הרבנים הגדולים המפורסמים חכמי ירושלים הי"ו, ומאת ידי"נ הרב הגדול וכו' מהו"ר שמואל העליר מצפת תובב"א, לשום עיוני בזה ואת אשר תעלה במצודתי בעזר צורי וגואלי אחרות על הלוח הנה, ומלאתי דבריהם ושמתי עיוני בזה, וזה אשר עלתה במצודתי, ובה' שמתי כסלי ומבטחי שלא אכשל בדבר הלכה בזכות אבותי הקדושים והגאונים נ"ע, שמתי מטרת עוזי להקים ולחזק ידים רפות וברכים כושלות במעגלי צדק ובמישרים, נכוחים ואמיתים לדינא, וכל הרוצה להשיב יבוא וישיב, ובעזה"י אעמידנו על מטרת האמת, ויודה ויאמר שגיתי אם בעל נפש הוא:

והנה יש מחכמים אשר בזה החלו ובזה התמו, להרוס ולהעריץ ולערות עד היסוד, את כל דברי הצוואה של הגביר הנ"ל, אשר התעתד לנפשו היקרה לסתום ולחתום את כל המקטריגים מעליו, ובנה בניינים עלומים לזה מכמה שנים, וילבש צדקה כמדו להחזיק ת"ח על משמרתם ועבודתם התמימה, ועתה כמו רגע אלו בו ידימו ונהפך הודו למשחית, ועתה נלקטה אחת לאחת את כביר כוחה וראשית אונה אשר הציגו כמטרה לחץ והסבו בלבתם להמרות רוחו של הנדיב ז"ל, ולהרוס את דברי חכמים הגדולים והמופלגים בתו"י אשר במדינת בבל, אשר שכלו בחכמתם ובעולם בינתם את דברי קדשו ע"פ בקשתו למו, להקים הדברים ע"פ דתוה"ק למען יעמדו ימים רבים ולא יתמו לכלה, ולמען ירב ויפרה פרי נדבתו לנשמתו היקרה וישחק ליום אחרון, אמנה הגם הלום ראיתי אחרי רואי בשגם המה ת"ח מופלגים הי"ו ובכמה דברים כביר מלאה ידם לעורר על הדברים במושכל ראשון, אולם לדעתי מן השורה והנכונה שיציעו הדברים לפני חביריהם ולא לחתוך הדין על פיהם לבד, ואם אולי כל גדולי הדור נחשבים בעיניהם כתלמידים. לו כדבריהם כן הוא, הלא כבר מצינו כ"פ שאמרו חכמים הראשונים דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים, כן עתה, הקול קורא אלי מחכמי ירושלים וצפת תוב"ב, לך בכחך זה, ואם בשכבר נפתח בגדולים מחכמי ספרד וחכמי אשכנז, לו יואל ה' ויתכוננו הדברים בקטנים כמוני, וישדד לב המעררים שליט"א להודות על דבר אמת וקו לצדק להלכה למעשה, וראיות ברורות יתנו עדיהם ויצדקו, וזכות אבותי הגאונים נ"ע יהיה בעזרי ובאברתם יסוככוני לבל אכשל ח"ו בדבר הלכה, ועתה אכוין עטי בסעיפים ובאותיות כלפי הקורא נעים למען ירוץ הקורא בהם, ולבל ילאו לחפש הדברים הנה והנה, ולבל אצטרך לכפול הדברים, ויספיק לרמוז ע"פ דגלי אותיותיהם:

השאלה יובן מתוך התשובה

א בראשונה יסעו לספר ולפרש את הצוואה הראשונה שנעשה בכל תוקף ועוז בקנין גמור מעכשיו בתנאי אם לא אחזור קודם שיפטור מהעולם, יקנו מעכשיו, ופתחו בחכמה דלדעת רש"י ב"מ [דף י"ט] ורשב"ם ב"ב [דף קל"ה:] שפירשו גבי מתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ, כל שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה, דכוונתו שהגוף יקנה מהיום ופירי לאח"מ, והר"ת פירש [ב"ב שם] שכתוב בפירוש מהיום אם לא אחזור, ומסתבר להם מסברא דנפשייהו דפליגי לדינא, דלדעת רש"י ורשב"ם לא מהני מידי היכא שיכול לחזור, ואע"פ שלא חזר לא חל הקנין למפרע:

ונראה בשגם שלכאורה דברו נכונה, איברא עודנה לא ילאו ידי מידת חכמים, שדרכם להרבות שלום ולא לאפושי פלוגתא, [ועמ"ש באות ג'], איברא אפשר לדונם לכף זכות משום דקשיא להו הא דאיתא ב"ב [דף קמ"ב] גבי גר שמת וביזבזו נכסיו וכו' ועי"ש היטב, ולתירוצא דרבא שם דגם בירושה הבאה מאליה לית ליה זכייה לעובר, ואפ"ה לא קני למפרע משום דרפויי מרפיא בידיה מעיקרא, הגם שמת העובר אפ"ה לא קנה למפרע משום דרפויי מרפיא בידיה בשעתן שוב לית ביה צד חלות שיחול למפרע, וכעין סברא זו מצינו בדברי ר"ן בר"פ נערה המאורסה היכא דהיפר אחד מהם והקם השני ונשאל על ההיקם והפר גם הוא, הגם שחכם עוקר את ההיקם מעיקרא, כיון דקליטא ליה הפרה של הראשון שוב אי אפשר לחול למפרע, ואינו דומה למקדש אשה ע"מ שאין עליה נדרים והלכה לפני חכם דמקודשת, ומחלק הר"ן שם מתוך שהוא מעשה גמור יעו"ש. ומובן מעצמו דזהו היכא דתלוי התנאי במילתא אחריתי, אבל היכא דתלוי בגוף המתנה תו ל"ש לומר שהוא מעשה גמור כיון שיכול לחזור בדבורא בעלמא, וא"כ בכה"ג נמי כיון שיכול לחזור ולעקור את המתנה לגמרי, שוב אין בו חלות למפרע, [והגם שנצטרך לחפש אחרי תירוצים וסברות כי היכי דלא תקשה לדעת ר"ת מהא דגר שמת לתירוצא דרבא, מ"מ מהאי טעמא ניחא להו לומר דלדעת רש"י ורשב"ם לקושטא לא קנה בתנאי זה ולק"מ]:

איברא לקושטא דמילתא א"א לומר כן (דמיהו) [דנהי] דבנכסי הגר לא קנה היכא דרפויי מרפיא, אבל בדעת אחרת מקנה, אע"ג שבידו לחזור, מ"מ היכא דלא חזר קנה למפרע לכ"ע, וראיות ברורות יתנו עדיהן בלא גימגום:

ב חדא לאביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו בין בשטרי הלואה בין בשיחרור ובמתנה [ב"מ י"ג י"ט ובתוס' שם ד"ה ברייתא], וכל כמה דלא מטא לידיה יכול לחזור בו מכל וכל, ואעפ"כ היכא דמטא לידיה אח"כ קנה למפרע, והגם שרוב הפוסקים פסקו דלא כאביי, זהו מטעמא אחרינא, משום דלא מסתבר להו שיזכו העדים בסתמא כיון שלא דיברו מזה כלל ולא עשאן שלוחים, אבל היכא שעשאן שלוחים על תנאי זה לכ"ע קנה למפרע, גם לדעת הרי"ף ור"ח [הובאו בראשונים בסוגיא דמצא שט"ח] דפסקו גם בשטרי אקנייתא בעינן דמטא לידיה לבסוף וכ"כ דלא מטא לידיה יכול לחזור בהם מכל וכל, ואפ"ה היכא דמטא לידיה קנה למפרע:

גם מבואר ב"ב [דף קי"ד] דפליגי רבה ורב יוסף בקנין סודר עד מתי יכול לחזור, ופסקינן כר"י שכל זמן שעסוקין באותו ענין יכולין לחזור, ואפ"ה אם לא חזרו קנה למפרע, דאל"ה הרי חזרה סודרא למריה:

ועוד ראי' מקידושין [דף כ"ו] דבמקום שכותבין השטר ל"ק עד שיכתוב השטר ומבואר בר"ן שם דבמקום שכותבין שטר ראיה קנה למפרע, הרי להדיא הגם שכל כמה שלא כתב לו, שניהם יכולין לחזור בהם, ואפ"ה אית ביה צד חלות לחול למפרע, גם מבואר שם היכא שהתנה אי בעינא בכספא איקני, וא"ב בשטרא איקני, [ועמ"ש בזה לקמן באות ג'], הרי אע"ג שיכול לחזור קודם כתיבת השטר, ואפ"ה אם לא חזר ורצה אח"כ למכור בכסף לאחר קנה הלוקח אע"ג דרפויי מרפיא בידיה, א"ו דבדעת אחרת מקנה לכ"ע קנה:

ועוד ראיה מב"ב [דף קכ"ה:] גבי סבתא כל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי, ועי"ש בפי' רשב"ם דלדידיה הראשון אינו יכול למכור כיון שזכה בגופא מעכשיו, אכן אנן פסקינן שאין לשני אלא מה ששייר ראשון, בע"כ צ"ל דפסקינן לאו כאמ"ע, איברא כ"ז בסתמא אבל היכא דאמר בפירוש מעכשיו פוסק רבינו אלפסי דלא הוי ראוי לגבי בעל, ורז"ה חולק בזה וס"ל דמ"מ כיון שראשון יכול למכור הוי ראוי לגבי הבעל, ורמב"ן חולק עליו בתרתי, חדא דהיכא דאומר ואחריך יזכה מעכשיו, שוב אין הראשון יכול למכור דדמי לכותב נכסיו לבנו, דהיכא דמכר האב מכורין עד שימות, ואין ביכלתו למכור לגמרי, כיון שבנו זכה בגופא מעכשיו, וה"נ באחריך מעכשיו, ועוד דאפי' היכא שאמר בפירוש כן שאחריך יזכה מעכשיו במה שישייר הראשון, מ"מ כיון דסוף סוף נסתיים מילתא שלא מכרו הראשון וזכה השני מעכשיו, שוב לא מיקרי ראוי כיון שכבר זכתה אשתו למפרע, הרי להדיא דלא פליגי הרז"ה ורמב"ן ז"ל אלא לענין ראוי, אבל מיקני קני השני מעכשיו היכא שהתנה בפירוש שיזכה אחריך מעכשיו במה שישייר הראשון:

ועוד כדמות ראיה מב"ב [דף קכ"ז:] אלא לרבנן יכיר ל"ל בצריך הכרה למאי הילכתא למיתבי' ליה פי שנים וכו', אילו בעי למיתב ליה במתנה מי לא יהיב וכו', יעו"ש. והרי במתנת בריא מעכשיו, בוודאי אינו רוצה ליתן לו דאולי יצטרך עוד להם בעודנו חי, [הגוף

הפירות], ובע"כ צ"ל דמ"מ יש לו מיגו שיתן לו מהיום אם לא אחזור בי, הרי להדיא דלכ"ע מהני בכה"ג, ולכאורה י"ל דעודנו יש לו מיגו ליתן לו שיחול המתנה בשעה א' סמוך למיתה, כאשר השיב לי ידי"נ הרב הגדול הצדיק מוה"ר נחום נ"י, ואמרתי לו דא"כ במאי יקנה אי בשודר כבר הדר שודר' למרי', וכן במשיכה כמבואר בכתובות [דף פ"ב], וכן בחזקה כמבואר יבמות [דף נ"ג] בתוס' ד"ה קנויה, וא"ל שיקנה לו קרקע בשטר והמטלטלין בתורת אגב, חדא לדעת רוב הפוסקים קנין אגב אינו אלא מדרבנן, גם בתורת תנאי שהוא מדאורייתא, חדא בדלית ליה קרקע אזדא ליה המיגו, ועוד בבכור קטן מאי איכא למימר, דקטן אין לו תנאי, [כמ"ש בש"ע סי' רמ"ג סעיף כ"ג]:

וטעמא דמילתא שהרי טעמא דרפויי מרפיא לא גרע מהיכא דלא נתכוין כלל לקנות, ולהכי בנכסי הגר דבעינן שיתכוון לקנות, שהרי עודר בנכסי הגר וכסבור שלו הוא, [מבואר ביבמות דף נ"ב:] דלא קני, ומש"ה בעינן כוונה אלימתא, משא"כ בדעת אחרת מקנה קנה אפי' שלא נתכוון, כמ"ש הנ"י ב"ב פ' חזקת הבתים [דף מ"א] גבי רב ענן שקל בידקא בארעי', וברשב"א גיטין [דף כ"א] גבי זקן שאני דידע לאקנויי ע"ש:

ג ולדברינו שכתבנו לעיל [אות א'] ממילא מובן דאין לבנות יסוד, דגם לדעת רש"י מהני בהתנה להדיא אם לא אחזור יקנה מהיום, ממה שפירש"י קידושין ר"פ האומר גבי מעכשיו ולאחר שלשים יום [דף נ"ט:] ד"ה מספקא ליה אי תנאי הוא, היינו אם לא אחזור בי, וכן מגוטל כלי מבית האומן ע"מ לבקרו [ב"ב דף פ"ח] שהלוקח יכול לחזור, ואפ"ה אם לא חזר קנה למפרע כדמוכח להדיא מדברי ר"ן פ"ק דמס' עכו"ם, גבי משום נסיוני דלהכי אמרינן [שם בש"ס דף ע"ו] משום מחמר ולא משום שביתת בהמתו שהרי אם ירצה הלוקח יקנה למפרע יעוי"ש, דמידי הוא טעמא שיש להסתפק בזה בתחילת ההקפה, רק משום דרפויי מרפיא, וזה לא שייך רק גבי הקונה והזוכה, דהיכא דרפויי מרפיא בידו לא סמכה דעתיה, אבל גבי קידושין וכן בלוקח מן האומן ע"מ לבקרו הוא להיפוך, שהברירה ביד הקונה והזוכה, [ומה שכתבתי לעיל (באות ב') להביא ראיה מהא דאי בעינא בכספא איקני, היינו מהיכא דהתנאי הוא מצד המוכר, אע"ג דבש"ס שם איתא היכא שלוקח התנה כן, ותו ליכא ראיה כיון דלא שייך לומר משום דרפויי מרפיא, אולם מסתמת הש"ס והפוסקים משמע להדיא דגם בהתנה המוכר הדין כן, וכן הוא להדיא בש"ע סימן ק"ל סעיף ח'], אך הראיות שכתבנו [באות ב'] הם כראי מוצקים:

ומעתה אין כאן מחלוקת בין הפוסקים בזה, ונאמנים עלינו דברי המגיד משנה [פ' י"ב מהלכות זכייה ומתנה הלכה י"ד] שכתב להדיא דלדינא אין נפקותא בזה, בין פירש"י ורשב"ם לפי' הר"ת, גבי מתנת בריא שהוא כמתנת שכ"מ, איברא לפמ"ש אזי בהפקר כה"ג בהתנה מהיום אם לא אחזור בי, אזי איפשר לומר דלכ"ע לא קנה הזוכה שהחזיק בהן בחיי המפקיר, אבל עודנה תלוי בפלוגתא דרש"י ותוס' ב"מ [דף י"ב] ברש"י ד"ה זרק ארנקי ובתוס' ד"ה וילא, ועי' בנ"י שם דלדעת רש"י הפקר מדעת חשוב כדעת אח"מ, ול"ד לנכסי הגר, וכבר הוכחנו לעיל, דבדעת אח"מ לכ"ע קנה אפי' היכא דרפויי מרפי', [ובטור וש"ע סי' רמ"ג סעי' כ"ד ובש"ך סי' רס"ח ס"ק פ' מבואר דפסקינן כדעת רש"י בזה, ועיין במל"מ פ' כ"ט מהלכות מכירה ה' י"א]:

סימן עו

בענין הנ"ל

א עתה נלקטה אחת לאחת אשר חשבו להשחית מעגלי צדק ופעמותיו, אשר בעוד נשמתו הטהורה מרחפת בקרבו בכל הרעפי לבבו וכל עשתונותיו הכין את אשר יביא לפני יוצרו ית"ש לעולמו, ובכל מעמקי לבבו כנה בניינים עלומים במועלות ודעת בכל עוז ותעצומות, לחזק ידים רפות וברכים כושלות, שהן ת"ח צדיקים השוכנים בארצנו הקדושה תובב"א, ובכל הקשורים בעבותות אהבה לתורה ולתעודה, ונראה בעליל לעין כל, שירא לנפשו אולי יפיל א' מן היורשים לרוב אולה, קם ונשבע ש"א ע"ד המקום שבאם יושחת אפי' עפ"י רוב הפוסקים, אזי יתקיים ויתילב אפי' עפ"י דעת יחידי

בכל תוקף ועוז, ועתה הפכו קערה ע"פ, וענו ואמרו קנה אלומתנו וגם נלכה עפ"י ישמעאלים ודתן, ואבירם נבנתה לפעמים עפ"י דעת יחידי לדעתם, ולפעמים בגילתא דחיטא, והם כמוץ אשר תדפנו רוח, והנה משם אתחיל לדבר ובכללות הדברים נקומה ונראה ונביטה בנגדת חז"ל אשר כל דבריהם כגחלי אש, ונוסדו עפ"י רוח הקדש, ומלינו בדבריהם הק' אשר במקום שנראה בעליל את גמר דעתו, אזי אמרי' שגמר להקנותו גם בלא קנין אלים כלל, ולפעמים בלא קנין כלל, באין אומר ואין דברים, ובפרט בענין גדול כזה להחיות כו"כ נפשות עדי נלח, ובתוכם כו"כ ת"ח גדולים וצדיקים והמה כבולים בעבודת הש"י, ומלפון לבבו של נפש היקר הלא נראה ונגשם כחוט השערה רק להקם ולא להפר, וכמו איש החפץ בחיים ובורח מן המות, כן בחלה נפשו בקרבו לבל ישחית מני הדברים חלילה, מחוט ועד שרוך נעל:

ונלקטה דברי חז"ל הכפולים אנה ואנה, עיין ע"ז [דף ס"ג:] בחנווני המקיפו כיון דאורחי' להקיפו, קני ליה דינר גביה, וז"ל רש"י שם בד"ה קני ליה וכו' שכל מקום שיש לו הדינר קנוי לחנוני הלכך חליפין ניכנסו, בכורות [דף י"ח:] ברועה כהן דניחא ליה דליתעביד מלוה ע"י ואקני ליה מקום בחלירו, ובתוס' שם ד"ה אקנויי בתירוצם הראשון, קידושין [דף ח'] בסלע של שיהם מהו וכו' הרי אע"ג דאמר השותפים אינו קונה זה מזה, כיון דרוצה לקדשה אמרינן שהקנה לה חלקו, ועי"ש בר"ן שכתב כן בדעת רש"י, הרי אע"ג דלא דיבר מזה כלום ולא נעשתה מעשה קנין, אפ"ה נקנה לאידך משום דסמכה דעתיה, ובדרך זה אחז צדיק דרכו, א' מרבותינו האחרונים ה"ה בעל הט"ז, בא"ח [בסי' תל"ד ס"ק ו'] גבי ביטל ע"י שליח יעוי"ש, ואין ביאור לדברי קדשו דבמאי קנה השליח, וכתבתי זה כמה בגליון ש"ע שם, דעפ"י דברי ש"ס בכורות ותוס' הנ"ל יש מקום להקים דברי קדשו, דעיקר טעמא כיון שרוצה להפקיע איסור חמץ, מסתמא הקנה את חמצו לשלוחו, והגם דפסקי' התם כר"ע, מבואר בבכורות שם דהטעם משום דא"ל פסידא וגם המלוה כזאת לא רמיא עלי':

ב איברא לא באתי הנה לבנות דיק ולשפוך סוללה ע"ז, ובעזה"י נברר ונלבן כי הלוואה הזאת שרירא וקיימא אליבא דכ"ע וא' מהן לא נעדר, והם דימו דברי הלוואה לדברי מהרימ"ט ז"ל [סי' כ"ג] שכתב בנידון א' שליוה ליתן לחתניו כך וכך והיו לו עוד בנות פנויות אם גם המה בכלל, וחידש שם שגם אם ליוה כן בפירוש לא מהני, כיון שלא נבררו מי ומי הם, ואנן פסקינן בדאורייתא אין ברירה, [וחולק שם על תשו' הרא"ש כלל ס"ח סימן פ' בשטר שכ' בו שמשעבד עלמו לכל מי שמוליאו], והביא דברי הרמב"ן והר"ן ספ"ק דגיטין [דף י"ג:] גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך עי"ש, וה"נ בנ"ד שהקנה לאפוטרופסים מעכשיו שהם יבררו ת"ח שבירושלים ושארי מקומות ונותן להם סך מסוים מדי שנה בשנה, לא מהני ג"כ, כיון שעדיין לא נתבררו:

ולדעתי נראה דבכגון זה מהני אליבא דכ"ע, והוא דבעיקר הסברא של רבותינו הראשונים בדין ברירה, דאנן פסקינן גבי ב' לוגין דאין ברירה, וגבי אם מתי יהיה גט מעכשיו דמהני הגט, והוא דגבי ב' לוגין הספק הוא על ב' לוגין המעורבין בתוך היין, ונמלא שאין הדבר עומד להתברר דאולי ישבר הנוד ולא יתברר לעולם, משא"כ גבי אם מתי, ועיין בתוס' ר"פ כל הגט ור"ן שם, ובפי' מהרש"א ומהרש"ל שם ובקלוה"ת [סי' ס"א], ונמלא בעובדא דמהרי"ט ז"ל, וכן גבי משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך שפיר תלוי בברירה, כיון שספק על איש א' המעורב בין אנשים הרבה דעלמא, ואין הדבר עומד להתברר בודאי, דאולי לא ימכור המלוה כלל, אבן בנ"ד לדברי הלוואה השנית שנתן מעכשיו בלא שיור ותנאי כלל, הרי הדבר עומד להתברר בודאי דלא יחדל אביון מקרב הארץ, ובכגון זה פסקינן לכל הפוסקים דיש ברירה, והלכה רווחת בגט שכ"מ דמהני לכ"ע בלי גמגום, ומתירין אותה לשוק בלא חלילה, ואם באיסור ערוה החמורה סמכינן על ברירה היכא דעומד להתברר, כ"ש בממון הקל, [וממילא מובן דלדברי לוואה ראשונה יש מקום לדבריהם כיון שאינו עומד להתברר דאולי יחזור לגמרי ודמי לשני לוגין, אבל לדברי לוואה השנית הדבר ברור דמהני גם לדברי מהרימ"ט]:

הגם שא"ל ראיה לזה שמובן לכל מעיין בלדק שכן הדברים, איברא לעדופי ולאלומי מילתא, נברר בראיות נכוחות שא"א לזוז זיז כל שהוא מן הנ"ל, עיין מעשר שני [פ"ה מ"ט] ועישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף ומקומו מושכר לו, ושם איירי במעשר שכבר היה

בביתו

בביתו של ר"ג וכבר הפרישום, ומפני שהיה בשנת הביעור הוצרך לזכות [כמבואר בר"ש שם ובתוס' ב"מ דף י"א ד"ה עישור], ועיין נדרים [ד' פ"ד:] בתירוצא דרבא שם שמחלק במעשר, בין מעשר שמתחלק בגורן לבין שמתחלק בתוך הבית, דאז הטובת הנאה שלו, ונמצא שהקנה לר"ע גם את הט"ה, ולדברי מהרימ"ע יקשה אמאי מהני כיון שלא הוברר עתה העניים שיתרצה ר"ע ליתן להם, א"ו כיון שעומד להתברר כמבורר דמי, ועוד ראיה מב"ק [דף ל"ו:] גבי פלגא דזוזי הוא ניתביה לעניים דאמר רב יוסף אנן יד עניים אנן, ופי' התוס' והרי"ף והרא"ש דקנו עניים במע"ש, והרי עודנה לא הוברר למי יתן, א"ו כיון שעומד להתברר בודאי כמבורר דמי:

ג **ועוד** אני תמה על אלו החכמים שרצונם להשחית דברי המנוח, מפני דברי מהרי"ט [בסי' כ"ג] שמשיב על הרא"ש ומדוע לא השפילו למ"ש המהרי"ט בעצמו בתשו' [סי' מ"מ נ'] בעובדא כה"ג, שהקנה לא' בקנין מעכשיו שיחלקם לעניים ולת"ח כרצונו ואח"כ נתפשר עם היורשים מחמת שלא רצו לקיים דברי המת, והעלה שם באריכות דפשרה בטילה, אף שלא מהר מודעה, הגם דפשרה כמכר, וזהו היכא שיש שכנגדו איזה טענה, אבל הכא כיון שהוא מילתא דברירא ואליס עובא, דהרי זה כקני ע"מ להקנות, יעוי"ש, [הרי להדיא דאע"ג דלא אמר בפירוש קני ע"מ להקנות, ועיין לקמן סי' ע"ז אות ה' בשם הרמב"ן] וז"ל שם [בסוף סי' נ'], ולענין הפשרה שנעשה עם היורשים, נראה דלא מיקיימא מילתייהו, חדא שאין לזה רשות לתת לאחרים, כיון שהנותן זיכהו ע"מ לתת לאותה ת"ח ועניים שילמדו בחברתו, ואין לו לזה אלא טובת הנאה שיתן למי שיוכשר בעיניו, והאשכנזים בני קהלו הם יותר ראויים משאר ת"ח, כדאמרינן תנו מנה לביהכ"נ יתנן לביה"כ הרגיל בו, לעניים יתנן לעניי עירו, ואפי' למ"ד טובת הנאה ממון הייני דאית ליה זכותא בגויה אבל לא שיהיה רשאי לפקוע זכות האחרים, דהאי קני על מנת להקנותם הוא ול"מ ליתנם לאחר, ואע"ג דבס"פ השותפין במס' נדרים גבי ההוא גברא דהו"ל ברא שמיע כפא דליתנא מסקינן דל"ק אע"ג דקני ע"מ להקנות הוא, דאימת קנה, לכי הוי בר בריה צורבא מרבנן, לכי הוי הדר הודרא למריה, הכא מעכשיו הקנה לזה ע"מ שיקנה לאחרים לאחר זמן, ובכה"ג מהני, כמש"כ המפרשים ז"ל שם, וכיון שכן לא מצי לוותר נכסי ת"ח ועניים וכו' עכ"ל המהרי"ט, הרי להדיא דבכגון זה ל"ש לברירה:

וטעמא דמילתא אפ"ל דלא מיכו מילתא דשייכא לברירה לדינא, רק במידי דתליא בקיום הדבר בעצמותו כגון בממון במידי דתליא בזוכה או במזכה, וכן בגירושין ובקידושין שלא נתברר בשעתו מי המתגרשת, וכדומה, ומש"ה פסקינן דמידי דתנאי ל"ש לדיני ברירה, משום כיון דעיקר הדבר נתברר ותנאי מילתא אחריתא היא, [כמ"ש התוס' והרא"ש ר"פ המגרש גבי ע"מ שלא תנשאי לפלוני, וכמ"ש הראשונים (עיין בנמוקי יוסף ב"ב על הסוגיא בדף קל"ד ע"א) גבי מתנה ע"מ להחזיר אע"ג דכל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה, ג"כ משה"ע דאין החסרון בעצמות המתנה רק משום התנאי], וה"נ בקני ע"מ להקנות, כיון שכבר יצא הדבר הנקנה מרשות בעלים, תו לא איכפת לן במאי דלא נתבררו בשעתן מי ומי שיזכהו אח"כ כיון שכבר יצא הדבר מרשות בעלים, וגם הזוכה להם כבר הוברר בשעת עיקר הקנין, וזה דמי במישור לסברת הר"ן ר"פ השותפים שכתב שם בשה"ד, וז"ל דכל כה"ג יש ברירה שאין המיעוט המסופק בתחלתו ומתברר לאח"ז מעכב את הרוב שהיה ברור מתחלתו וכו'. יעוי"ש:

או משום הטעם שכתב המהרי"ט [בסי' כ"ג] דלא תליא בברירה רק היכא דבעינן שיקנה למפרע, אבל היכא דלא בעינן שיברור למפרע רק שיקנה בשעה שיתברר; תו לא תליא כלל בדיני ברירה, ומביא ראיה לזה מפ' לולב וערבה [דף מ"ב:] ומלמדים אותם שיאמרו כל מי שיגיע לולבו לידו הרי הוא לו במתנה וכו' הרי אע"ג דבשעה שהתנה אינו מבורר, אלא משום דאיהו גמר ומקנה מהשתא וכו', ועי"ש בד"ה ואיכא למידק, וכן מבואר בדברי הר"ש מס' מעשר שני [פרק ה' מ"א] דלכוען דסברי כל הנלקט, הכוונה דבשחרית אומר כן ואעפ"כ ל"ש ברירה, כיון שאין החילול חל אלא אחר שנלקט ואז כבר נתברר, וכן מבואר בתוס' ב"ק [דף ס"ט] ד"ה כל הנלקט, דבשחרית אומר כן הרס דבעי זה לכשילקט יהא מחולל, ושם [בעמוד השני] כתבו בד"ה אלא וכו' וז"ל ואע"ג דבסתמא דלכוען לית ליה ברירה, וכ"מ מדברי רמב"ן בהלכותיו מובא בר"ן ר"פ השותפים:

ד **והנה** בקצוה"ח [סי' ס"א] יצא לידון שהרשב"א בתשו' מובא בבית יוסף אהע"ז [סי' קמ"א] חולק בזה, וסבירא ליה דגם בכגון זה תליא בברירה, שכתב דהיכא שעשה איזה שלוחים לקבל גיטה ואמרה דלכל מי שירצה הבעל למסור הגט יהיה שלוחה לקבלה, דל"מ כיון דבדאורייתא אין ברירה, ורק היכא דעשתה כמה שלוחים בסתמא מהני שפיר לכ"ע, מפני שהיא עשתה לכולם שלוחים ואע"פ שלא יקבל רק אחד מהם לא איכפת לן בזה, ועיין בקצוה"ח שם שהאריך בפרט זה ומיישב שם כמה קושיות של מהרי"ט מהא דאי' פ' מי שמת המבשרי יטול מנה, וכן מעובדא דשאול והיה האיש כו' יעשרנו המלך, ובזה היטב אשר דיבר ונתכוונו הדברים, אולם בדבר אשר יצא לידון, דרשב"א חולק בזה על רמב"ן ותוס' ור"ש ולא יביא דעתם כלל הוא רחוק, ולפענ"ד דאפושי פלוגתא לא מפשינן, והוא הטעם דשאני מינוי שליחות משאר דברים שנגמרו ע"י בע"ד עצמן, שהרי במינוי שליחות אמרינן דכל מה דלא מצי עביד מהשתא, שליח לא מצי משוי כמבואר בתוס' נזיר [דף י"ב] תד"ה באשה, תמלית דבריהם דלא מצי משוי שליח להפריש חלה מן הקמח לכשיהיה גילוש, רק מפני שחידשו שם בתירוצם דבידו להביא עיסה מגולגלת דלא מחוסר מעשה ויפריש ממנו על הקמח לכשילוש, ונמצא דביד המשלח למיעבד בלא חסרון בעצמותו כלל, אבל זולת זה אף שיכול להפריש מן הקמח עצמו לכשיהיה גילוש, דכיון דמחוסר מעשה חיובו תו לא חייל מינוי השליחות, הרי אע"ג דמידי דבידו לאו כמחוסר מעשה דמי לגבי בעלים עצמן, אבל מ"מ בטלה מינוי השליחות, [ובס' זית רענן חלק ראשון (אהע"ז ה"ו סי' א' בסופו) כתבנו לפרש דבריהם על נכון דלא תקשה על דברי קדשם מכתבו ותנו וכאן רמזנו ע"ז בקצרה], ובע"כ צ"ל משום דמידי דשליחות גרע מבעלים עצמן, דאינו מן הדין שיחתוך הדבר לגמרי ע"י מעשה של אחרים, רק משום מינוי גילתה התורה דשלוחו כמותו, וכיון שהוא מילתא דקלישא עובא שיגמור הדבר רק משום דיבורו של הבעלים לחוד, ומש"ה מעשה כל דהו מעכבא בשעה שממנהו לשלוחו, אע"ג דמעשה כזאת לא מעכבא כלל לגבי בעלים, ומשה"ע עלמו גבי ברירה, גם היכא דלא מעכבא לגבי בעלים עצמן, מ"מ מעכבא מיהת לגבי מינוי השליחות, [ועוד י"ל באופן אחר לחלק מדברי הרשב"א הנ"ל, ובמק"א יתבאר אי"ה], ונמצא דדינא דרשב"א בתשו' המה מוסכמים אליבא דכל הפוסקים, וכן חילוקם של הר"ש ותוס' ורמב"ן, אין פוצה פה ומצפצף נגדם:

ה **גם** מלבד כל זה, כבר המליא הכם גדול רבו של המהרי"ט ז"ל [ודברי קדשו הובאו במהרי"ט שם סי' כ"ג תד"ה והנה ראיתי] דבשם דשיעבוד עדיף מקנין לענין דבר שלא בא לעולם, ומהני כקנין לר' מאיר, ה"נ לענין ברירה, ומש"ה מהני שפיר היכא שנשתעבד לכל מי שמוליאו, והמהרי"ט ז"ל טען על זה דמידי טעמא אלא משום דשיעבוד עדיף וחל אגופו, ושיעבוד נכסי ממילא חיילא משום ערבות, אבל לדבר שלבל"ע דלא מהני גבי קנין אפי' לר"מ, מהיכא תיתי יהיה בו חיילא ואלמות דבר, כיון דלא שייך לדמותו לקנין אליבא דר"מ, והכא נמי גבי משתעבדנא לכל מאן דא"מ, כיון דמשום הזוכה הוא דהוגרע כחו שלא נתברר למי נשתעבד, אזי שוה לדבר שלבל"ע דל"מ גבי קנין לר"מ, וה"ה גבי שיעבוד לרבנן, ובקצוה"ח [סי' ס"א] מתרץ דברי החכם הנ"ל בטוב טעם, והוא דמליכו להדיא דלר"מ מקודשת כשקידשה לאחר שתתגייר, אע"ג דעתה אין בו תפיסת קידושין כלל, מ"מ לא דמי לדבר שלבל"ע דמודה דלא מהני, דשאני הכא שהגוף בעולם כמ"ש תוס' בכמה דוכתי, וא"כ ה"נ מהני שיעבוד לרבנן היכא שהגוף בעולם אלא שמחוסר ברירה, ולהכי גבי משתעבדנא לכל מאן דא"מ, כמי מבחעבד למי שהוא בעולם, והיטב אשר דיבר, ולפ"ז גם בכ"ד כיון שהמנוח ז"ל כפל ושלש כו"כ פעמים לשון חיוב ושיעבוד, לא הוגרע כחם ע"י שלא הוברר אז בשעת חיובו. איברא הקצוה"ח בעצמו חזר [בסי' ק"ב סק"א] וערה והרס את בניני, דלא שייך סברא זו דשיעבוד עדיף מחמת שיעבוד הגוף, רק היכא שמחייב עלמו בשעה שלא היה לו כלל כמ"ש תוס' ריש פרק אע"פ, ולגבות מיניה, אבל גבי דאיקני ולגבות מן הלוקח, בע"כ צ"ל שהשיעבוד על הנכסים עלמן ושיעבודו קודם לקנינו דהידך, וכיון שלא חל השיעבוד על הנכסים עלמן היאך יגבה מן הלקוחות, אלא בע"כ צ"ל דעיקר הטעם משום נעילת דלת וכמו שכתבו הרשב"ם והנמוקי יוסף שם, והדרא הקושיא לדוכתה גבי לכל מאן דא"מ דיכול לגבות מן הלקוחות שכנגדו לא חל השיעבוד על הנכסים, ומנ"ל דשייך גביה משום נעילת דלת כמו בדאיקני לגבי המלוה:

ונראה להלדיק דבריו של' בתחלה עפ"י דברי רש"י ב"מ [ד' ס"ז] וז"ל בד"ה

בד"ה אין בעל חוב גובה הימנו, אם מת המלוה ונפלה לפני בניו אין בע"ח של אביהם גובה הימנו, דאין לאביהם בגופה של קרקע כלום [ונכי משכנתא באתרא דמסלקי] ומטלטלי בעלמא נינהו ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, דבשלמא בעודו קיים וכו' שהרי לא הלוה מעותיו ונשתעבד וכו' אבל היכא דמית, בהדי יתמי מאי עבידתיה דהשבע, הרי לא לוו ממנו, ואי ירתי קרקעות משתעבדי מדין ערב וכו' אבל מטלטלי אפי' דין ערב ליכא, דלאו עלייהו סמיך מלוה הואיל ובידו להבריחן ולאבדן, עכ"ל. ונמצא דכל היכא דאיכא שיעבוד הגוף, היה מן הדין שיגבה הכל מכל נכסיו, אפי' מיתמי ומלקוחות דשוין הם בתר דיכא דאורייתא [רק רבנן חילקו ביניהם היכא דלית ליה קלא משום פסידא דלקוחות], משום דכיון שנשתעבד גופו נשתעבדו כל נכסיו ממילא אפי' מטלטלין שלו, משום ערבות, רק משום דהמלוה לא סמך דעתו עליהם יצאו מכלל ערבות, ולא רמי השיעבוד עליהם, רק מן הלוה עצמו שיכול לתובעו בדין, אזי גם על המטלטלין חל החיוב בשעת פרעון כדי לסלק שיעבודו, אבל מיתמי שאין יכול לתובעם ובשעת הלואה לא נשתעבדו, מפני שלא סמך דעתיה עליהם, וגם בשעת פרעון לית ליה שיעבוד הגוף עליהם, ומשה"ע מבואר בכמה פוסקים [בשיטה מקובצת ב"ק (דף י"א) בד"ה כגון בשם הר"ת, וברמב"ם פרק י"א מה' מלוה ולוה הלכה י"א ובמ"מ ובכ"מ שם, ובנמוקי יוסף ב"ב בסוגיא דפרה ושלית בשם הרשב"א, ובבית יוסף סימן ק"ד מחודש ה' (תד"ה וכתב עוד אם היה ראובן קיים) בשם תשו' הרשב"א סי' תתקי"ד] דהיכא דשיעבד לו מטלטלי וקרקע אזי יש בו משום שיעבוד אפי' לגבי יתמי, ולדין קדימה לבע"ח מאוחר [רק לגבות מלקוחות בעינן שיכתוב אגב קרקע משום קלא], וה"ה לגבי דאיקני הא דאינו גובה מיתמי משום שיעבוד, ומלקוחות, היינו משום שאינו מכלל ערבות, משום שהמלוה עצמו לא סמכה דעתו עלייהו, ולהכי היכא ששיעבד לו בפירוש מהני, כיון שלא רצה להלות לו בלא"ז שפיר נשתעבדו הנכסים משום ערבות, שהם ערבים ממילא כדי לסלק את שיעבוד הגוף, ומשה"ע ניחא נמי גבי משתעבדנא לכל מאן דא"מ, כמובן, משום דשיעבוד עדיף מחמת שיעבוד הגוף ולא הוגרע כחו משום ברירה:

ו **עוד** נלפענ"ד דבר חדש שלא התעוררו רבותינו האחרונים בזה, והם הניחו ליסוד מוסד דשיעבודים וקניינים שוין בחוק זה, והוא דכשם שבלתי איפשר למקדש בלתי מתקדשת, וכן במגרש, וכן בקניינים של ממון דא"א למקנה בלעדי קונה, ולהכי כל שלא קנוי לקונה לא יצא מרשות מקנה, [והא דאיתא בכריתות (דף כ"ד.) דהנותן מתנה לחבירו ואמר אי איפשי בה דהיא הפקר, התם איירי בשתק ולבסוף צווח, ומשום הפקירא דמקבל כמ"ש רש"י (שם:) ד"ה לא], ולהכי החליטו שגם גבי שיעבוד כן הוא, דכל זמן שלא זכה הלה בשיעבודו ל"מ במאי שנשתעבד הלוה מעכשיו לגבות מלקוחות למפרע, ומשה"ע הניח הש"ך [סי' ל"ט סק"מ] את דברי רבינו הרמ"א שם בתימה, במאי דס"ל דהיכא שנתחייב בשטר מעכשיו אע"ג דלא מטא אז לידיה דמלוה, אלא לזמן מאוחר, גובה מן הלקוחות מזמן הכתוב בו, והש"ך משיג דמה בכך שכתוב מעכשיו, כיון דלא מטא לידיה אז ולא זכה בשטריה. ונראה לענ"ד דדברי רבינו משה אמת דשאני שיעבוד מקנין, [דקנין] הוא בגדר שם המצרף, וכמו שכתבנו דא"א למקנה בלא קונה, וכל זמן שלא נקנה הדבר לאחרים עודנו ברשות המקנה לכל דבר, משא"כ בשיעבוד, דהיכא שנשתעבד מעכשיו הגם שלא זכה המלוה בשיעבוד זה אלא לזמן מאוחר, אזי זוכה המלוה אז בשעה שהגיע לידו בשיעבוד זה מן הזמן שנשתעבד הלוה [ובלבד שיגיע השטר לידו, אבל אם לא מש"ל כלל פשיטא דל"מ מידי], וראיות נכונות לזה מדברי הירושלמי מובא בתוס' כתובות [דף כ"ט.] ד"ה ועל, ומדברי תוס' ב"ק [דף ל"ג], ומדברי הרמב"ן מובא בר"ן סוף פרק אלו נערות עי"ש היטב, [ולאשר כי כבר כתובים הדברים האלו לעיל (בסי' י"ב אות כ'), ע"כ לא הועתק כאן לבאר הראיות, וידרשם המעיין משם], הרי להדיא (בחיוב ומתנה וחיוב) [דחיוב וזכיה בחיוב] אינם קשורים זה בזה:

ולפ"ז ניחא ג"כ גבי לכל מאן דאתי מחמתך, שהוא נשתעבד לו מיד והוא לא זכה אלא בשעה דמטא לידו, ואז כבר נתברר הדבר גם בנידון כזה, אם יתחייב לעניים מעכשיו ולמי שארצה אח"כ, גם כן מהני, דכיון שכל עיקר החסרון הוא רק מצד הזוכה, והוא אינו זוכה אלא מכאן ואילך שכבר הוברר בעידנא דקא מטי לידיה, ולפ"ז גם בלא קני ע"מ להקנות נמי מהני:

סימן עז

עוד בענין הנ"ל

א **השיגו** עוד ע"ד שנתן מעכשיו לבנותיו סך מסוים מדי שנה בשנה, להם ולזרעם אחריהם ולזרע זרעם עד עולם, מן הפירות שיעלה מן החצירות והבתים, ונתן ג"כ במתנת בריא מעכשיו ובחיוב גמור ובקנין גמור אג"ם מעכשיו, והפריזו ממלודתם דכיון שנולדים לא קנו א"כ בטלה הלוואה בכללה, דיכולין היורשים לומר כדעה זו במרדכי [ב"ב פ' מי שמת] גבי מטלטלין ומטבע שהקנה בסודר, דבטילה טלו, משום דקני את וחמור כגון זה ל"ק כלל ע"ש, והפריזו על המדה בזה, לחבל ולהשחית את מעגלי הצדק יותר מן היצה"ר המשחית והמסטין העומד נגד כלל מכי אז ועד עתה, דא"כ לדבריהם בטלה ירושת הארץ בכללה חלילה, שהרי הקב"ה אמר לאברהם [בראשית י"ג] כי את וגו' לך אתננה ולזרעך עד עולם וגו' קום התהלך בארץ וגו'. וא"כ לא מיבעי' לר' אליעזר דס"ל [ב"ב ד' ק'.] דהילוך זה היה קנין גמור, וגימא כיון שבטלה גבי זרעו שלא נולדו עוד, בטל ג"כ גבי דידיה, ואפי' לרבנן דהתם שלא אמרינן שם ורבנן, התם משום חביבותיה דאברהם קאמר ליה הכי כדי שיהא נוח לכבוש לפני בניו, וז"ל רשב"ם שם, דהו"ל כיורשין ולא כגזלנין, ולא יהיה רשות לשטן לקטרג ולא פתחון פה למדת הדין, הכוונה דגבי קוב"ה די בקנין כל דהו, ולדבריהם אדרבא יפער פיו לבלי חוק ולומר כן דאברהם קנה בהילוך לחוד, מ"מ כיון שבטלה לגבי זרעו שלא נולדו בטלה בכללו, אלא ודאי דתרווייהו בהדי הדדי לא (לכ"ז) [יתלכדו], או דזרעו משום ירושה, או דלא כדעה זו במרדכי, שהוא פשוט לחכמינו ז"ל בכמה מקומות דירושה היא לנו מאבותינו, גם בנו חז"ל על יסוד זה כמה דינים, עי' ע"ז [דף נ"ג:] מכדי ירושה היא להם, ובפי' רש"י שם תד"ה ואשיריהם, ירושה היא לישראל מאבותיהם' שהרי לאברהם נאמר כי לך אתננה וכו':

ועוד דעיקר הפלוגתא שבין רבותינו במרדכי הנ"ל נראה דלא שייך לענין זה כלל, דאלת"ה קשיא לדעה זו שבטלה כולו, א"כ גבי נכסי לך ואחריך לפלוני אם ראשון ראוי לירושה, דאמרינן דירושה אין לה הפסק [ב"ב ד' קל"ג.], אבל הראשון קנה ולא אמרינן דבטלה כולו, א"ו דגבי שני זוכים לא פליגי כלל, ודבר זה הוא כקני את וחמור המבואר בש"ס, דפסקינן דאת קני מחצה [שם ד' קמ"ג ובתוס'] ועד כאן לא פליגי אלא גבי אחד ובמקצת נתפס קנינו ובמקצת לא נתפס, דמר סבר דאמרינן מיגו דחיילא אהאי חייל נמי אאידך, ומר סבר להיפוך:

ב **ולכאורה** נראה דהרשב"ם והנמוקי יוסף ס"ל דבטלה כולו, דפירשו [בפירוש הראשון] בהא דאמרינן [שם קל"ז] ומודה שאם נתנו במתנת שכ"מ לא עשה כלום, דהיינו שאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום, והשני מוציא, ומשמע שמוציא גם את הגוף ממנו, ואמאי, כיון דפסקינן דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, ונמצא דיש לקנין הגוף קיום בעצמותו זולת קנין הפירות, וכיון שהקנה לו את קנין הגוף בעודו ברשותו מעכשיו, הגם שלא יקנה הפירות שכבר קדמו אחריך, אבל הגוף שכבר נקנה לו במאי נפקע, ולדעה א' שבמרדכי שם ניחא, דבטלה כולו [ועמ"ש בס"ס זה]. איברא נראה דבדבר שאינו שלו לא נכנס כלל לפלוגתא זו שבמרדכי, דדוקא היכא שכולו שלו, רק דבדבר א' לא נתפס קנין זה הוא דפליגי, אבל הכא שאינו שלו והקנה לו את שאינו שלו עם דבר שהוא שלו, אפי' בקנין א', אזי פשיטא דלא נפקע הקנין לגמרי, וקנה אידך את שהיה שלו וכן הוא להדיא בש"ס [קכ"ו] דהשוה בכור דאזיל זבין נכסי דידיה ודפשוט וכו' מר סבר בפלגא ואפי' למ"ד בכולהו היינו בחלק בכורה וחלק פשוט דאחיו, ע"ש [ע"ב] בתוס' ד"ה לא, הרי להדיא שלא נתבטל הקנין לגמרי מפני חלק שאינו שלו, זולת אם הקונה מקפיד וטוען שלא נתרצה למחילתו, [עיין בב"י ר"ס רל"ב דפליגי בזה הרמב"ם והרשב"א], וכיון דהכא במתנת שכ"מ, דמקבל מתנה ניחא ליה בכל דהוא, אכתי קשה דליקני מיהת קנין הגוף שהקנה לו מעכשיו, וצ"ל לפי' זה דר' יוחנן עצמו אמרה דקאי ביה ואמר הלכה כרשב"ג אמר נמי פיסקא זו, דאם נתנה במתנת שכ"מ לא עשה כלום, דכיון דלדידיה ק"פ כקנין

הגוף

הגוף דמי, בלתי אפשר שיתקיים קה"ג לחוד, רק כשישתתף בהדיא גם קה"פ א"כ, ומשה"ע ס"ל דהיכא דמכר הבן וכו' ומת הבן בחיי האב דל"ק הלוקח:

והא דלא פירשו [הרשב"ם וני"י] כפשוטו בכל מתנת שכ"מ דעלמא, אפשר לומר דמספקא להו דאולי במתנת שכ"מ לא צריכין לטעמ' דאביי דכבר קדמו אחריך, דגם בלא זה לא מהני כמו שפסק הרמב"ם [פ"ט מהלכות זכייה ומתנה ה"י] דמתנת שכ"מ לעובד כוכבים ל"מ דתקנתא דרבנן לא מהני כו' עי"ש, וה"ה גבי נכסי לך כו' דאסור למכור וליתן, ומצאתי א"כ במשנה למלך שם, שהקשה כן על הרמב"ם ועל תשובת ר"ן בסי' מ"ד [מובא בש"ע סי' רל"ה ס"א] גבי נכסים מועטים, עוד אפ"ל דרשב"ם ונמו"י בפי' ראשון סברי כרבינו תם בש"פ השולח דדוקא באבא לגבי ברא הוא דפסקינן כר"ל, אבל בעלמא פסקינן קה"פ כקה"ג דמי, ומש"ה נפקע קה"ג לגמרי כיון שלא ישתתף עוד קה"פ אחריו כיון שכבר קדמו אחריך:

איברא דלפי' קמא קשה מאי קא קשי' ליה לש"ס ומי אמר אביי הכי וכו', שאני התם דאיירי בסתם מתנת שכ"מ, מש"ה ס"ל לאביי דקונה עם גמר מיתה, משא"כ היכא דאמר להדיא מהיום ולאח"מ אזי פשיטא דל"ק את הפירות רק לאח"מ כמו שאמר בפירוש, וצריכין לדחוק דס"ל לרשב"ם דמסתמא איירי בכל מתנת שכ"מ, הן כשאמר מהיום ולאח"מ, והן בכל מתנת שכ"מ, וקושיית הש"ס קאי על סתם מתנת שכ"מ, מעתה נ"ל דלא סבירא ליה כדעת הרמב"ם והר"ן הנ"ל:

אבל לדעת הרמב"ם קשי' ממנ"פ, אי ס"ל דאיירי בסתם מתנת שכ"מ, א"כ למה צריכין לטעמיה דאביי משום דכבר קדמו אחריך, ואי ס"ל דאיירי במהיום ולאח"מ, א"כ מאי קשי' ליה דאביי אדאביי, וכן אם נימא דאיירי בכל מתנת שכ"מ הן במתנת בריא שהיא כשכ"מ, והן בשכ"מ ממש, מ"מ ל"ק דאביי אדאביי כמובן:

ג ונראה לתרץ דעת הרמב"ם ותשו' הר"ן הנ"ל, והוא, דהרמב"ם אזיל לשיטתיה דס"ל [בפ"ה מהלכות מלוה ולוה הלכה ט"ו] דגבי הערמת רבית מוציאין מיד הלוה למלוה, אע"ג דגבי אבק רבית מוציאין אפי' מיד המלוה היכא דשקל שלא מדעת הלוה, שאני התם דנקרא עבריין ורשע, עיין יבמות [דף כ'.] דכל העובר על דברי חכמים מיקרי רשע, אבל גבי הערמת רבית, אע"ג דאיסורא עבד, כיון דקליש איסורא, לכן לדין ממון שבו אוקמוהו אדינא ומחייבין את הלוה כאשר פסק על עצמו, ונשה"ע נמי ס"ל להרמב"ם [בפ"ט מהלכות זכייה ומתנה ה"י] הנ"ל, דדוקא במתנת שכ"מ דאיירי ביה שהוא לכה"פ איסור חמור מדרבנן, הוא דנפקע המתנה לגמרי, משא"כ גבי נכסי לך ואחריך לפלוני, דאיסורא קלישתא הוא דעבד קמא היכא שנתנה לאחרים, ולא מיקרי רשע בכך, [כמבואר בפי"ב מהלכות זכייה ומתנה הלכה ח' ע' יעו"ש] וכ"כ הרשב"ם והנמו"י ב"ב בסוגיא דאחריך, רק המשיאו עצה הוא דנקרא רשע, לכן הוגרע מכחו לגבי דין ממון שבו יותר מהערמת רבית, ומש"ה צריכין לטעמא דאביי משום דכבר קדמו אחריך, אבל הר"ן ס"ל כדעת רמב"ן [מובא ביו"ד סי' קס"ג] דגם הערמת רבית שוה לאבק רבית לכל דבר, ונמצא דלא מחלקי גם לגבי ממון שבו בין איסור חמור דרבנן לאיסור קל, ומש"ה ס"ל גם גבי נכסים מועטים דאיסורא קלישתא טובא הוא דעבדי הבנים כשמכרו, [ושוה לירד הראשון ומכר דלא מיקרי רשע אלא המשיאו עצה, עיין סוטה דף כ"א] מ"מ לא גרע מהערמת רבית, ולהכי כשמכרו כשהם פעוטות בטלה המכירה כמה שבטלה הפסיקה גבי הערמת רבית, ואפ"ה בגדולים המכירה קיימת כאשר יתבאר לקמן [באות ד'], ולדידיה קמה קושיית המל"מ הנ"ל, דא"כ תו ל"ל לטעמא דאביי משום דכבר קדמו אחריך, תיפוק ליה דבמתנת שכ"מ שהיא מדרבנן לא חייל במקום איסור כמו בפעוטות בנכסים מועטים:

ד ונראה שגם לדידיה ל"ק מידי, והוא דבל"ז קשה לאביי דל"ל לטעמא משום מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאח"מ וכבר קדמו אחריך, תיפוק ליה דאפי' שניהם חיילי בהדי הדדי, מ"מ קנה השני, כיון שהוא קונה מצד עיקר הדין, ואידך הוא רק מצד תקנתא דרבנן, ומי נדחה מפני מי, אזי פשיטא דאזלינן בתר עיקר הדין, כמו דס"ל לאביי בתמורה [דף כ"ה] אם אמר על הלקט עם נשירת רובו יהיה הפקר דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וה"ה כאן כיון שהשני קנה מצד עיקר הדין, והמקבל מתנה מהראשון אינו אלא מצד תקנתא דרבנן דאזי כששניהם חיילי בהדי הדדי נימא ג"כ דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וידחה תקנתא [דרבנן] לגבי דינא. איברא הא תינח כשנתן להם במתנת בריא בקנין ואמר נכסי לך ואחריך וכו', אזי לקושטא א"ל לטעמא דכבר קדמו אחריך, אבל כיון דסתמא קתני משמע אפי' במתנת שכ"מ, ונמצא שגם השני לא זכה אלא בתקנתא דרבנן, ואפ"ה אם נתנה הראשון כשהיה שכ"מ, [אע"ג דגם אחריך השני ג"כ ל"ק אלא מדרבנן], אפ"ה קנה השני, ולהכי כיון דיד שניהם שוין, ששניהם לא קנו אלא מדרבנן, מש"ה כוה שהכריחו לאביי לפרש משום שכבר קדמו אחריך, וזכותו קדמה לזכיית המקבל מן הראשון, ועתה ניחזי אנן גבי נכסים מועטים, [דבשלמא אם מכרו כשהם גדולים אע"ג דעבדי איסורא לא דמי להערמת רבית שגם לענין לד ממון שבו נפקע חיובו דלוה, דהתם שאני שהוא לגבי מלוה עצמו דעביד איסורא, אבל לגבי לוקח כיון שקנה מצד עיקר הדין דאורייתא, אי איפשר להפקיע זכותו מצד איסורא ותקנתא דרבנן שעל היורשים], אבל בפעוטות שגם קניינו דלוקח הוא רק מדרבנן אזי אזלינן בתר תקנתא דרבנן שקדמה לזכיית הלוקח שכבר זכו הבנות בשיעבודן משעה שמת אביהן, ונמצא דדינו של הר"ן בתשובה נמשך בקו השוה לדינא דאביי גבי אחריך, ותו לא ק"מ דלמה ליה לאביי לטעמא משום דכבר קדמו אחריך, כיון דגם דינו של הר"ן בתשו', בחדא כיילי הוא דכיילינן להו:

ה ועתה נסדר לקמייתא, דמה שאמר המנוח ז"ל, להם ולזרעם אחריהם ולזרע זרעם. אע"ג שלא נולדו אז, לא נתבטלה הצוואה בכללה, מפני דעה א' שכתב במרדכי פרק מי שמת [סי' תר"ה], דממנ"פ אם נימא כדברי סמ"ע [בסי' ר"ג ס"ק י"ט] דפליגי גם בקני את וחמור, הלא כתב שם דהלכה רווחת בישראל דקנה מחלה, ואם נימא כדברי הגה"ה הנדפס במרדכי שם דפלוגתייהו לא שייך לקני את וחמור, (משום דגבי) [אבל בנידון דידן דהוא לגבי] שני בני אדם חלוקים וא' ראוי לקנין וא' אינו ראוי, אזי פשיטא דלדעת כל הפוסקים שהראוי קונה ושאינו ראוי ל"ק, ובכה"ג לא עלה על דעת שום פוסק לחלוק בזה, רק לגבי קונה או זוכה אחד, ויש בדברים הנקנים דברים שנתפס בהם קנינו ודברים שאינו נתפס, בזה פליגי אי אמרינן מיגו וגרירה, דרבינו שמחה ס"ל דלא אמרינן מיגו כלל, וחד מנהו ס"ל דאמרינן כדי שיתקיים בכולה, דדבר המקיים מושך את הבטל עמו, וחד ס"ל להיפוך דדבר המבטל גורר את המתקיים ובטלה בכללה, איברא זהו בדבר דשייכא ביה תורת קני' וזכייה, אבל דבר דלא שייך ביה תורת קנין כלל, כגון לדבר שלבל"ע, או דבר שלבל"ע, אזי פשיטא להו לכה"פ דלא נכנס כלל לסוג מיגו וגרירה, וזכה בדבר הראוי, ושאינו ראוי הדרא לבעלים, וחילוק זה איתא במרדכי שם [סי' תר"ב], ובסמ"ע הנ"ל שפירש כן בדברי רמ"א, ויש להבין לדעת הסמ"ע הלא בדבר שאין בו ממש, מובא ג"כ שם [בסי' ר"ג] את דעות הנ"ל, אע"ג דליתא בתורת הקנאה כלל, וי"ל דמ"מ שאני דבר שאין בו ממש משום דבלתי איפשר שיהיה גם למקנה עצמו לד זכייה בדבר שאין בו ממש, זולת דבר שיש בו ממש, כגון דירת בית רק שייר לעצמו הבית לדירה, ונמצא שישנו ג"כ בתורת הקנאה באופן זה עצמו, משא"כ בדבר שלבל"ע דמשכחת ליה מיהת דברים שלא שייכי בהם לד הקנאה כלל, כגון דברים שאינם ברשותו, מש"ה שבק רמ"א להביא להדיא את כל הדעות התם כי היכי דלא להאריך בדברים ולאפלוגי בין דבר שא"ב ולבין פירות דקל ועובר, ועיין:

ונמצא לפ"ז בנ"ד דגם אי יהבינן להו טעותא, דנולדים ל"ק מ"מ לא נתבטל אפס מנהו למי שישנו בעולמו, ועוד דלקושטא דמילתא גם זרעם וזרע זרעם ישנם מיהת בתורת זכייה וזכו בחלקם כיון שהקנה כל נכסיו לאפוטרופסים מעכשיו והם יתנו מן הפירות מדי שנה בשנה כך וכך, הרי הקנה להם ע"מ להקנות, וכבר כתבתי לעיל [בסי' הקדוש] בשם מהרי"ט חו"מ [סי' מ"ט נ'] דגם בסתמא נידון כקני ע"מ להקנות, ועוד יותר מזה מבואר ברמב"ן בס' מלחמות ה' פרק מרובה בשם ר"ה ורב שרירא, דגבי הרשאה כיון שכתוב בו זיל דו"ז ואפיק לנפשך וגם כל דמתעני מ"ד עלי דידי הדר, אמרינן דכוונתו היה שיקנה ע"מ להקנות, וגם אפוטרופסים אלו למי ומי שיתמנו אחריהם נידון ג"כ בכלל זה והרי הוא ג"כ כקני ע"מ להקנות:

ו ונראה להטעים סברת המרדכי וסמ"ע הנ"ל, דדבר דלית ביה לד קנין כלל, אזי כל הפוסקים מודים דאינו מבטל את הדברים הניקנים בקנין, וגם אינו נגרר בתר המקיים, וטעמא דמילתא נראה דכמו שכתב הראב"ד [מובא בחידושי הר"ן] גבי פלוני

פלוני רבע שורי, דאיתא בסנהדרין [דף י'] אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל ממונו לא, וכן לס"ד התם דאצל אשתו לא, היינו משום דעל עצמו דוקא שאין עליו תורת עדות כלל, ומש"ה לא שייך ביה לומר משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אבל גבי ממונו שמעיד על רביעת שורו, שהרי הקפידה התורה לדונו בכ"ג, ולפיכך זה העדות אינו כמעיד על עצמו אלא כמעיד על קרובו, דיש בו תורת עדות רק שפסלה רחמנא, מש"ה יש בו מיגו וגרירה, ואמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ועיי"ש ברש"י וברמב"ם [פי"ב מהלכות עדות ה"ב] שפסקו שם שנתקיים ג"כ לגבי ממונו, והיינו משום תורת מיגו וגרירה, והוא כדעה שניה שבמרדכי, שהבטל נמשך אחר המקיים, [ולאב"ד דס"ל התם דבטלה כולה, לא נשמע מזה דס"ל כדעה ראשונה שבמרדכי, שהקיום נמשך אחרי המבטל, דשאני התם כיון דגלי קרא דאז נמצא אחד מהן קרוב או פסול דבטלו כולם, ולהכי אמרינן נמי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, כמו שמבאר הרא"ש ספ"ק דמכות בשמו], ולפ"ז ממילא מובן לחלק בין דבר דאית ביה צד הקנאה דאז נכנס לכלל סוג מיגו וגרירה, ודמי לפלוני רבע שורי, ובכגון זה פליגי רבוותא במרדכי, אם המקיים מושך אחריו את הבטל, או להיפוך, אבל בדבר שלא שייך ביה קנין כלל, דמי לפלוני רבעני שאין אחד מבטל ולא מקיים את האחר עמו, וכל א' עומד כדינו, ולכאורה קשה מדברי הרמב"ם עצמו [פ"ז מהלכות מעילה ה"ב] גבי מעילה ע"י שליח, שכתב ובלבד שלא יתערב עמו איסור אחר, הרי שהמבטל מושך אחריו גם את המתקיים, ועיי"ש במתק לשונו הזך שמיישב זה, שכתב וז"ל, שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה, ובכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר עכ"ל, וכוונתו כיון דהמקיים בעצמותו חידוש הוא שהרי בכל התורה אין שליח לדבר עבירה, ולהכי אינו מן הדין שיהיה לו תורת גרירה להמשיך אחריו את הבטל:

גם בדברי הרמב"ם [בפ"ם מהלכות אישות ה"ב] גבי ה' נשים שמביא תירוצא דש"ס קידושין [דף נ"א] באומר הראוי לביאה (משמע) דבלא"ה גם הנכריות אינן מקודשות, ולכאורה נשמע מדבריו שהבטל מושך גם את המקיים, וגם אפי' היכא שאינו ראוי כלל, שהרי האחיות בהדי הדדי אין בהם צד קידושין כלל, ודלא כחילוקו של המרדכי וסמ"ע הנ"ל, איברא כבר כתב הר"ן בקידושין שם דשאני התם דדמי לקונה שדה ונמצא חצי שאינו שלו, שהלוקח יכול לבטל את כל המקח, שלא נתרצה אלא לכולו, וה"נ גבי קידושין עיי"ש, והנה בקצוה"ח [סי' ר"י] תירץ בשם תלמידו את דברי הרמב"ם דס"ל כדעה ראשונה שבמרדכי וכחילוקו של הסג"ה הנדפס במרדכי שם שמחלק בין זוכה א' לשנים, ומש"ה גבי את וחמור שהזוכים מחולקים אין הא' נמשך אחר חבירו, משא"כ גבי מטלטלין ומטבע שהקנה לא' בקנין סודר, אמרינן שהא' מבטל חבירו, ומש"ע גבי קידושי אחיות שהזוכה הוא הבעל קנה כולם אזי הבטל מושך גם האחרים אחריו, והקצוה"ח הסכים עמו, ולדברינו הנ"ל מוכח מדברי הרמב"ם להיפוך דלא ס"ל כדעה זו במרדכי, אלא שהמקיים מושך את הבטל שיתקיים כולו, מאי אמרת דשאני אחיות שאינן ראוין להתקדש יחד לעולם, דא"כ ה"ז דומה לפלוני רבעני דפלגינן דיבורי', כיון דאדם קרוב אצל עצמו ואינו כלל בגדר עדות כמבואר בראב"ד הנ"ל, וזהו סברת המרדכי עצמו וכמו שכתבנו, ונמצא שגם לדעה זו במרדכי דגבי מטלטלי ומטבע נתבטל הקנין בכולו, מודה באחיות, דשאני התם שגם המטבע איתא בתורת הקנאה, משא"כ גבי אחיות דליתא בתורת קידושין כלל:

ועיין בב"י חו"מ [סי' ק"ה] דפסק בתופס לבע"ח וגם בעד עצמו במקום שחב לאחרים, דאמרינן מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, והסמ"ע שם [בס"ק ג'], והט"ז, והב"ח, ובעל משאת בנימין, חלקו עליו, והש"ך [בס"ק ב'] מקיים את דברי ב"י, משום מיגו דזכי לנפשיה עדיף ממיגו דאי בעי זכי, שהרי אפי' למ"ד דלא אמרינן מיגו דאי בעי זכי, מ"מ בשנים שהגביהו אמרינן מיגו דזכי. ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הב"י מדעת הרמב"ם הנ"ל דס"ל בפלוני רבע שורי דדבר המקיים מושך וגורר גם את הבטל שיתקיימו בהדי הדדי, אך יש לסתור דשאני התם דאי איפשר לחלק ולקיים מקצתו, דא"כ הרי נתבטלה כולה כדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, משא"כ גבי תופס לבע"ח ולעצמו, דאיפשר לחלק זכיותיו ולומר דלגבי עצמו מהני ולא לגבי חבירו, כאשר תמה בס' נתיבות המשפט שם על ראיית הש"ך, אולם נראה ראיה לדברי ב"י הנ"ל מקידושין [דף מ"ב] דס"ד דגמ' שם להוכיח דין שליחות משחיטת פסח, ודחי הש"ס שאני התם דאית ליה שותפות בגוויה, הרי להדיא דאמרינן מיגו שנתקיים מקצתו נתקיים כולו [ושם לא הוי מקושר, דדמי לשחטו לאוכליו ושלא לאוכליו דכשר כמבואר במשנה ג' פ"ה דפסחים], הגם דלמסקנא לא צריכין לזה, מ"מ הסברא דפשיטא ליה לש"ס לא זזה ממקומה:

וְעיין ב"מ [דף ח'] גבי שותפים שגנבו לפירש"י שם שא' הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו, ומביא ראיה דבכגון זה קנה חבירו מב"ק [דף ע"ח], ובתוס' הקשו ע"ז דהתם בב"ק בטביחה איירי שיש שליחות, ונראה ליישב דעת רש"י דהכי אזלא ראייתו, דכיון דאמרינן שם במסקנא דשותף שטבח א' מהם לדעתו ולדעת חבירו, דשניהם חייבים בד' וה', ולא אמרינן דטבחו כולו בעינן [שבת דף נ"ג:] או ד' וה' אמרינן ולא לחצאין, וכיון שכן ממילא מוכח שגם בגניבה דאין שליחות, מ"מ גבי שותפין אמרינן מיגו, דאלת"ה קשיא מנא לן השתא גם גבי טביחה ומכירה דיש שליחות מרבויא דקרא דכתיב או, דילמא לא נתרבה אלא גבי שותפין דיש מ"מ צד חיוב לגבי עצמו, אבל לגבי אחרים לגמרי נצ"ל אכתי דיש שליחות, אלא ודאי פשיטא ליה להש"ס דגבי שותפין לא צריך לרבויי אלא לגבי אחרים לחוד, ומש"ה גם בגניבה חייב גבי שותפים כשגנב א' מהן על דעת חבירו, ונמצא דיש ראיה מזה לדעת מרן הב"י [בסי' ק"ה], שהרי רש"י ס"ל להדיא כן, ומדברי תוס' לא מוכח במקום דאיכא זכייה לעצמו, דהתם גבי גניבה לא זכה לעצמו כלום, שכל הנידון כולו הוא רק לחיובו באחריות וכולו לחובתם משא"כ בנידון הב"י וסמ"ע דיש לו זכייה של ממון גמור במקצת, ועדיף עוד משחיטת פסח דאמרינן מיגו שיש לו רק זכייה דמצוה, ועיין בנדרים גבי תורם משלו על של חבירו, דאע"ג דאיכא זכייה של מצוה כיון דליכא זכייה של ממון גמור לא שייך ביה דין זכייה כל כך, [ועיין ברש"י ב"ק (דף ע"ח:) שפירש בטעמא דחיובא בשותף שטבח לדעת חבירו משום דאיתרבי שליח לדבר עבירה גבי טביחה, ודברי קדשו תמוהים דהא בכה"ג גם בגניבה חייב כמ"ש רש"י בב"מ הנ"ל, וכן עמד בזה הקצוה"ח (סי' שמ"ח סק"ג) והידש דל"ש מיגו דזכי לנפשיה רק בדבר דאיתא גביה משום גדר הקנאה, משא"כ בטביחה דאין בו משום גדר קנין עי"ש, ועיקר חילוקו תמוה מש"ס קידושין (דף מ"ב) דבעי למילף דין שליחות משחיטת קרבן פסח, ודחי הש"ס שאני התם דאית ליה שותפות בגוויה, והרי התם ליכא משום קנין רק משום מיגו וגרירה לבד, דמיגו דמהני לגבי עצמו מהני נמי לגבי חבריה, ועוד ראיה לזה מתורת כהנים מובא ברש"י ויקרא (כ"ד י"ד) וז"ל כל העדה במעמד כל העדה, מכאן ששלוחו של אדם כמותו עכ"ל, וקשיא דאמאי לא ילפינן מיניה עיקר שליחות בש"ס ריש פ' האיש מקדש א"ו דיש לדחות דגם שם הוא מצד מיגו דכיון דמהני לגבי עצמו מהני גם לאחרים' וכמו דדחי גבי קרבן פסח, הרי להדיא דלאו גבי קנין להוד הוא דאמרינן מיגו. ונראה לפענ"ד ליישב דברי רש"י עפ"י דברי תוס' קידושין (דף כ"ג:) ד"ה מהו, וז"ל י"מ דהכי קמיבעיא ליה היכא דאמר העבד לאחר לקבל גיטו מהני קבלתו או לא, דכי מקבלו מעצמו פשיטא דמהני דאמרינן במתניתין ובשטר ע"י אחרים, אבל אמירתו שאמר לו לך וקבל גיטי שמא מיגרע גרע לפי שבא מטעם שליחות או לא עכ"ל, ועל קוטב זה יסבו דברי רש"י, דמדמוקי הש"ס ברייתא דפטרה דוקא בטבח שלא לדעת חבירו, משמע דבל"ז בכולהו אנפין שוים לחיובא גם בעשאו שליח בפירוש, להכי הוכרח רש"י דגבי טביחה איתרבי שליח לד"ע, ומש"ה ליכא שום צד המעכב גביה, משא"כ אי הוי נקטינן גם גבי טביחה דאין שליח לד"ע, ורק היכא דמהני לגבי עצמו הוא דמהני גם לגבי חבריה, אזי הורע כחו בעשאו שליח בפירוש, ודברי רש"י שם מטין לפי' הי"מ הנ"ל, וגם משמע דלמסקנא לולא דילפינן מאשה מגזה"כ, אמרינן דמיגרע גרע ע"י שליחות, ולהכי בב"מ (דף ח') גבי שותפים שגנבו דייק בלישנא, וז"ל ואילו שותפים שגנבו והאחד הוציאו מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו עכ"ל, אבל בתורת שליחות לא, משום דמיגרע גרע היכא דעשאו שליח בפירוש]:

ז **עיין** נדרים [דף פ"ב:] בנדרה משתי ככרות ובא' מתענה ובא' אינו מתענה דפליגי שמואל ור' יוחנן, דשמואל ס"ל דאמרינן מתוך שהוא מיפר למתענה מיפר נמי לשאינו מתענה, ור"י ס"ל דמיפר למתענה ואינו מיפר לשאינו מתענה, וכתב הר"ן שם דתרווייהו סברי האי דתוספתא לקמן [דף פ"ז] גבי נדרה מן התאנים ומן הענבים ובשניהם מתענה, דאם היפר במקצת לא הוי הפרה כלל משום גזה"כ דאישה יפירנו משמע כולו, ומש"ה ס"ל לשמואל דאמרינן מתוך, ור"י ס"ל דנהי דהפרה במקצת לא שמיה הפרה, זהו היכא שעניין ישנו בתורת הפרה, משא"כ הכא דכיון שאין בו עינוי נפש לא נכנס כלל לתורת הפרה עי"ש, נמצא לפ"ז היכא שהענין מקושר בעצמותו ואי איפשר

איפשר לחלקם רק או שיתקיים כולו או להיפוך, אזי לכ"ע בין לשמואל בין לר"י מופך הקיום את הבטל אתו אבל לא להיפוך, ולפ"ז ממילא מוכח דהיכא שהענין אינו מקושר כגון במטבע ומטלטלין שהקנה לחבירו במתנה בקנין סודר דקנה מיהת מטלטלין, מאי אמרת דמקושר עדיף, הלא מ"מ נשמע ממילא דמוטב שיתקיים הענין ולא שיתבטל, שגם במקושר איכא למימר שיתבטל בכולו, ואפ"ה פסקינן דיתקיים בכולו, [וכן בשנים שהגביהו מציאה דאמרינן מיגו דזכי אפי' למ"ד דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, משום דזכיית כל א' מקושר בחבירו, ומיהו מהתם יש לדחות שאין זה בכלל מגביה מציאה לחבירו כמובן] מכ"ש בדבר שאינו מקושר, שלא נתבטל הקיום בגרירת הבטל כיון דאיפשר לחלקם, ועיין ברא"ש נדרים שם דמשמע מדברי קדשו דטעמיה דשמואל לאו משום שהספרה של מתנה קשורה בשאינה מתנה משום גזה"כ, רק בסברא אחרת פליגי, דשמואל ס"ל דגם ככר שאינה מתנה מ"מ הוא בכלל סוג הפרה, לכן אמרינן ביה מתוך, אבל בנטולה מן היסודים שאחרים לא יכנסו כלל לסוג וגדר הפרה לעולם, מש"ה מופר רק חלקו ולא שייך ביה כלל שיכנוס ג"כ בגדר גרירה [וכמ"ש לעיל באות ה' בשם המרדכי], אבל ככר שאינה מתנה דאיפשר שלאחר זמן תתענה גם מזה ומש"ה איתא בתורת גרירה, ור' יוחנן ס"ל דאזלינן בתר השתא, וכיון דבשעתיה ליתא בתורת הפרה מש"ה כל חדא קאי בדוכתיה, והא דלא ניחא ליה להרא"ש כפירוש הר"ן, משום דדחיק טובא לומר דשמואל יטעה בזה ולומר שגם בזה איתא לגזה"כ דאיהו יפירנו עד שיפר כולו שהסברא פשוטה כר"י וכמ"ש הר"ן, אבל גבי תאנים וענבים גם הרא"ש מודה כדינא דתוספתא דאם היפר א' לא הוי הפרה כלל, עיין לקמן [דף פ"ז] ובטור [סימן רל"ד]:

הארכתי קצת בזה לברר דסוגיי' דעלמא שהמקיים מופך את הבטל כדי שיתקיים כולו, או דכל חד בדוכתיה קאי, והיכא שא' מהם לא נכנס כלל לתורת זכייה, אזי לכ"ע לא ביטל הבטל את הדבר שתוכל להתקיים, ומשה"ע נמי כשהתנה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה, דלגבי דבר שבממון תנאו קיים [כתובות דף נ"ו], ולנ"א לדעה הראשונה שבמרדכי שכולו בטל מפני שא"א להתקיים בשום אופן, ודמי למ"ש לעיל [באות ה'], וגם בל"ז יש לדחות קצת דדוקא בדבר המתקיים הן במעשה או בדיבור הוא דתליא בגרירה, אבל לא בתנאים שמבטלין המעשה:

ח **גם** נראה לפענ"ד דאותן ג' דעות שבמרדכי הן דוקא היכא שהקנה כולם בזמן אחד, כגון מטלטלין ומטבע או דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, והוא שיקנה שניהם בזמן א', אבל היכא שהקנה המטלטלין מהיום ומטבע לאחר זמן בקנין א' דמהני לגבי חד ולא לגבי חבירו, אזי פשיטא שאין א' נמשך ונגרר אחר חבירו וכל חד בדוכתיה קאי כדינו, וראיה לזה מב"ב [דף קנ"ז] דרבה הש"ס לפשוט דדאיקני משתעבד משבח קרקעות, ואי ס"ד דאיקני לא משתעבד, בע"ח אמאי גובה שבחא עי"ש, ואמאי לא, הא נשתעבד לו השבח ע"י שיעבד לו את הקרקע בהדי שבחא ומהני נמי לשבחא ע"י המשכה וגרירה, לדעה ב' שבמרדכי, [והא דמיבעיא ליה בדאיקני זהו היכא שלא שיעבד בפירוש רק דאיקני לחוד]. אמנם לפי הנ"ל ניחא, שהרי על הקרקע חל השיעבוד וקנה לגמרי מעכשיו בשעה שהלוה לו אבל על השבח לא נגמר השיעבוד אז לכ"ע רק בשעה שבא לעולם, וליכא למימר דמיירי שפירש להדיא שלא יקנה גם שיעבודו של הקרקע מעכשיו רק בשעה שיבא השבח לעולם, דא"כ היאך גובה מן הלקוחות:

ונמצא בנידון דידן שהביטול הוא משום זרעם וזרע זרעם שלא באו לעולם, וגם זכייתם רק לאחר מיתת אביהם ולא זכו כאחד, פשיטא דאין בהם שום מקום לומר שיבטלו כל זכיית אביהם, ועי"ז יתבטל כל הצוואה בכללה, [ומלבד זה הלא עיקר הדבר כאשר כתבנו לעיל שגם הם יזכו ע"י שהקנה לאפוטרופסים בקנין גמור ע"מ להקנות]:

ט **ויש** להתבונן לדעה שניה במרדכי דאמרינן גרירה לגבי מטלטלין ומטבע ונתקיים בכולהו, דא"כ גבי איסור גיורא [ב"ב דף קמ"ט] דאמר רבא אי בחליפין אין מטבע נקנה בחליפין, הכי גברא ערטילאי היה ולא היה לו בגד או כלי להקנות בחליפין בהדי המעות שהיה לו בפקדון אצל רבא, [וכן נדפס קושיא זאת בתוך חידושי הר"ן ב"מ ס"פ הזהב בשם מרן הגאון הקדוש מוהרע"א זצוק"ל], ודוחק לומר דכמו שכתב הנמוקי יוסף שם לענין אגב קרקע ה"כ לקנין זה. ונראה ליישב דהנה בקידושין [דף כ"א] הקשה רבא בעובדא דחמש נשים, אילימא דאמר כולכם, קני את וחמור הוא, ולבסוף מתרץ לטעמיה דאמר כולכם ואחת מן האחיות, ועי"ש ברש"י בד"ה הרי כולכם, ובריטב"א שם דלאתירוצא דרבא תו לא דמי לקני את וחמור, דדוקא היכא דלא הוי בר זכייה כלל וזהו היכא דאמר כולכם שקידש את שתיהן יחד, דאזי אין בהם לד תפיסת קידושין כלל ואז דמי לקני את וחמור, משא"כ באחת מבנותיך דיש בהם לד תפיסה בקידושין, אילו סיימה, כמלא דגם השתא שלא סיימה מ"מ לא דמי למקנה למי שהוא בעולם ולמי שאינו בעולם, דהתם לאו בר זכייה הוא כלל, ולפ"ז לדעה זו י"ל דקושי' רבא קאי אליבא דהלכתא, וכמ"ש הריטב"א שם דהיכא דכיילינן באחד לישנא כגון דאמר כולכם, לא קנה כלל אפי' לר"כ דס"ל דקנה מחצה, וע"ז משני רבא דאיירי באומר כולכם וא' מבנותיך, [משום דאי איפשר לשבש המשנה דקתני כולכם כמו שפירש"י שם], ונמלא השתא דאיירי כשאמר א' מבנותיך דהשתא בנות זכייה הם, ודמי לגמרי לדינו של מרדכי הנ"ל וגם הקונה והזוכה א' הוא, ואפ"ה ס"ל לרבא דל"א גרירה ויתפסו הקידושין גם בא' מהן שילערכו שניהם גט מספק דמידי טעמא לרבא דקידושין שלא נמסרו לביאה לא הוי קידושין אלא מפני שהקליש כחו של קידושין כאלו, והשתא שקידש גם אחרים בהדיא אמאי א"ת ותתקדש השתא ע"י גרירה, אלא ודאי דרבא ס"ל דאפי' במידי דיש בו לד זכייה ל"א שתתקיים ע"י גרירה, ומש"ה רבא לטעמיה שפיר קאמר גבי איסור גיורא, דאי איפשר שיקנה לרב מרי בריה. איברא דעה זו סברה דמלד הסברא איתא לתורת גרירה במידי דאיתא בתורת קנייה וזכייה, רק רבא לטעמיה דס"ל דקידושין שאין מסורין לביאה לא הוו קידושין, אזי א"א באופן אחר לתרץ למתניתין רק כשאמר כולכם וא' מהאחיות וממילא מוכח דליתא לגרירה, אבל אליבא דידן דלא פסקינן כוותיה בזה הדרינן לסברא דאיתא לגרירה, וכמו דס"ל לשמואל בנדרים [דף פ"ב:] מתוך שמיפר למתענה מיפר נמי לשאינה מתענה, וכן בריש פרק האיש מקדש גבי שחיטת קרבן פסח, וכן בב"מ [דף ח'] גבי שותפים שגנבו לפירש"י שם, ומתניתין דחמש נשים מתרלינן דאמר להדיא כל הראוי לביאה, ונמלא שקידש בפירוש חוץ מהאחיות:

י **עיין** חו"מ [סי' רמ"ח סעיף ז'] ובסמ"ע [ס"ק כ"ג] וז"ל ויש חולקין וכו', פירוש חולקין ואומרין בירושה דאין לה הפסק אפי' בכה"ג כיון דעכ"פ זכה בפירות כל ימי חייו זכה גם בהגוף, אבל ג"כ מודים דאין כח ביד הראשון למוכרו באם אמר מהיום לפלוני, עכ"ל. ודבריו מסוללי הבנה, דהרי אנן פסקינן דקנין הפירות לאו כקנין הגוף דמי, א"כ מה בכך שזכה בפירות, ובקנין הפירות שזכה בהם מכבר שוב אין לה הפסק; אבל בקה"ג שזכה בו השני מתחלה ישאר בידו. ובאמת בב"י מבואר דטעם החולקים משום דסברי דגם בנתן לשני מעכשיו הראשון יכול למכור, ונמלא דגוף ופירות קנויים ביד הראשון, והוא שיטת רז"ה וסייעתיה, אבל בסמ"ע משמע להדיא דלא פליגי על מכירת הראשון רק לענין זה דשייך גבי' דין ירושה דאלה"פ.. ולכאורה היה מקום לטעות בדבריו דס"ל כדעה ראשונה שבמרדכי הנ"ל, ואמרינן כיון דנתן לו הגוף והפירות וכיון שבטל קנינו של שני לגבי פירות בטל נמי לגבי הגוף, אך מלשונו לא משמע כן, וגם כבר כתבנו לעיל [באות ח'] דאפי' לדעה זו דוקא כשחייל על שניהם יחד מש"ה נכנס לכלל מיגו וגרירה, אבל הכא בזמנים נפרדים המה הגוף מעכשיו ופירות לאחר זמן, אזי מן הסברא הפשוטה שיתקיים המקויים ולא יגרר אחר הבטל שיתבטל א"כ, לכן נלפענ"ד דע"כ לא נפסוק להלכה דק"פ לאו כקנין הגוף דמי, אלא היכא שלא זכה בפירות רק לזמן ידוע כגון בזמן שהיובל נוהג או שכתב לו מהיום ולאחר מיתה דלא זכה בפירות רק לזמן, ובזה פליגי ר"י ור"ל דלר"י גם בזה עיקר הקנין הוא רק קה"פ, וקה"ג מילתא דקלישתא הוא בעלמותו ולא חל עליה שום קנין ורשות רק היכא שיגיע לידו א"כ גם קה"פ, ומש"ה ס"ל דמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה לוקח, משום דקה"ג תלוי בקה"פ, ובזה פסקינן כריש לקיש, אבל היכא שקה"פ לעולם בלא הפסק, אזי גם לדידן אין לקנין הגוף בעלמותו שום קנין ורשות ונפקא ממילא, ובזה מובן גם דברי הרשב"ס בפ' יש נוחלין דף קל"ז [שהארכנו לעיל באות ב'] שלכאורה דבריו תמוהים [במ"ש תד"ה ומודה, כגון דאמר מהיום ולאח"מ, שעכ"פ יזכה המקבל בקנין הגוף שהוא מהיום, ובזה קודם לאחריך] כמ"ש לעיל, [אחר זה מלאתי בקלות החשן סימן רמ"ח ס"ק ט' שעמד ג"כ על רשב"ס הנ"ל, איברא קלת בשינוי, והוא, שיקנה המקבל את הגוף והפירות, ואין לזה ביאור עפ"י המושכל דעל הפירות כבר קדמו אחריך]:

עוד

סימן עח

עוד בענין הנ"ל

א **עוד** הניפו החכמים הנ"ל את דגלם לבטל ולהפר אורח צדק ומישור בזו הלוואה, במה שהמנוח ז"ל הטריך בתוך הלוואה, שבאם אחד מן היורשים ימכור או יתן חלקו לאחרים, אזי חלקו קנוי להקדש עניים, ואמרו דכיון שכבר זכו בתורת ירושה, שוב אין לה הפסק, והנה בענין זה רבו הדעות בפוסקים, לכן נברר הדברים הדק היטב ונביטה ונראה בבירור, שכל דברי הלוואה שרירין וקיימין ושכולה אין בהם, ונראה לברר הלכה זו ע"פ רבותינו הראשונים:

הרמב"ם [בפי"ב מהלכות זכייה ומתנה ה"ו] כתב וז"ל שכ"מ שאמר כו' לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש, או שאמר תנו שקל לבני בכל שבת ולא משום ירושה וכו', וכן הוא בב"י [סי' רמ"ח סעי' א'] דבחדא סגי, ועי' בריב"ש סי' קס"ח, [שפקפק על דין השני של הרמב"ם, דמה בכך שאמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסיקה, הגם שאמר בפירוש כן, דכיון דקיימא לן דלשון מתנה בפירוש לא מהני לענין זה, איזה יתרון נותן לשני בתוספת דברים שאין בהם ממש, שאמר והרי הפסקתיה, דמ"מ הוא כמתנה על מה שכתוב בתורה, ועמ"ש בסמוך באות ד' לייסב קושי' זאת על נכון בס"ד], אבל בדין הראשון שנתן ליד שליש הסכימו כולם לדעתו דבכגון זה פשיטא לכל רבוותא קמאי ובתראי דיש לה הפסק, וז"ל הריב"ש שם והיא דתנו שקל לבני בשבת תירץ בה הר"מ ז"ל שני תירוצים. א', שנתן הנכסים ליד שליש, וזהו הנכון שהסכים בו הרמב"ן ז"ל, משום דיעשה השליש מה שהושלש בידו, והכי משמע לישנא דאומר תנו שקל לבני בשבת וכו' עכ"ל, הרי להדיא דאפי' לשאר תירוצים שחידשו שם ע"ז, לאו משום דמספקא להו כשהשלישו ביד שליש, רק מפני שאינו מן ההכרח לומר דאיירי בהשלישו רק שאמר להם דרך צוואה, ולהכי קאמר הריב"ש שיש קצת הכרע בזה דאיירי כשהשלישו מלישנא דתנו:

ואין לך (יותר) מחמיר בדין ירושה שאין לה הפסק מכל רבותינו הראשונים יותר מן הרשב"א ז"ל, דס"ל דאפי' כשנתנו לשני בקנין מעכשיו אפ"ה אין לה הפסק כשהראשון ראוי ליורשו, ומביאו הנמוקי יוסף פרק יש נוחלין גבי המשיא עלה כרשב"ג, ומובא דעתו בש"ע בשם י"א [בסי' רמ"ח סעיף ז'], וכן כשנתן לראשון הראוי ליורשו במתנת בריא מעכשיו דשוין כל הפוסקים דיש לה הפסק, לבד הרשב"א בתשו' [סי' אלף קמ"ז] דס"ל דגם בזה אין לה הפסק, ועיין במשנה למלך שם [הלכה ה'] שמרמז עליו, ושם בתשובה זו כתב דלא מלי להפסיק ירושה אלא כשהשלישו ביד שליש [ונעתיק לשונו לקמן באות ו']:

נמצא בכ"ד אית בה תרתי לטיבותא, חדא שהשליש ביד שליש, וגם הקנה ליורשים והקדש במתנת בריא מעכשיו. איברא בש"ע [סי' רמ"ח סעי' ב'] נפל טעות בספרים ונשמט תיבת או, שכתוב בכל ספרי הרמב"ם וכמ"ש בבית יוסף וכמו שהעתיקו בתשו' הריב"ש, וכ"כ הש"ך שם שהוא ט"ס. אבל בסמ"ע נקט הדברים כפשטן והרכיב שני התירוצים יחד, והוא, שהשלישו ביד שליש ואמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, כל זה צריכים שיאמר בפירוש דווקא, כמ"ש הריב"ש שם בלא השלישו, כן הוא לדעת הסמ"ע גם כשהשלישו ביד שליש. איברא כ"ז היכא שלא נתן לראשון במתנת מעכשיו, אבל כשהשלישו ביד שליש ונתן במתנת בריא מעכשיו אזי לכ"ע מהני, ונפסקה הירושה לכ"ע שהרי לדעת הרשב"א מהני מה שהשלישו לחוד, ולדעת הרמב"ם מהני מתנת בריא בקנין מעכשיו לחוד, כמ"ש להדיא שם [הלכה ה']:

ב **איברא** עודנה יש לשדות בו נרגא דאולי דוקא בבריא הוא דפסק הרמב"ם דין זה, וכן משמע קצת לישנא דנקט שם [בהלכה ה'] אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה, משמע קצת דתרווייהו בעינן שיהיה בריא ויתן מתנת בריא, וגם לפי טעמא דהמגיד משנה שם משום דירושה לא מהני בבריא משמע כן, ועיין ברמב"ם [בפ"ח מהלכות זכייה ומתנה הלכה י"ח] וז"ל אל תטעה בשכ"מ שכתב כל נכסיו ופירש שנתן הכל מעכשיו והקנה מחיים, שאין זה מתנת שכ"מ אלא כשאר מתנות הבריאים, שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן קנה הכל ואינו יכול לחזור בו עכ"ל:

ולפ"ז טעמא רבה בעי, דא"כ לענין מתנה ליורש אפי' כשהוא שכיב מרע ונתן במתנת בריא מעכשיו, איך אפשר לדון בו משום ירושה ולומר שאין לה הפסק, כיון שלא הניח אחריו כלום שירדו בתורת ירושה וכל אשר היה לו כבר נתן במתנת בריא מעכשיו, לכן נראה לפענ"ד לברר וללבן כ"ז הדק היטב, ונבאר דברי תשו' רשב"א הנ"ל אשר כבר העיר בזה בעל המשנה למלך, ומאד קשה עלי דאיך יחלוק על הרמב"ם בשיחה בעלמא בלא טעמא ולא הביא דברי קדשו כלל, ובפרט דמשמע מדברי קדשו דפשיטא ליה מילתא כביעתא בכותחא. על כן נראה שלא בא לחלוק על הרמב"ם, כי אין הנושאים שוים כאשר נבאר בעזר הש"ת:

ג **ונקדים** לזה הא דאיתא בגיטין ס"פ השולח [דף מ"ח] גבי בן שקנה מאביו ומת אביו ואח"כ הקדישה, דאזי למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי, אזי מצד הסברא [אי לאו דרבייה קרא התם] אין לזה דין שדה אחוזה, כיון שכבר קנוי לו לכל דבר ולא נשאר ביד אביו רק מילתא דקליפתא והוא תמצית של קנין הגוף לחוד, מש"ה לא מלי חייל עליה תורת ירושה. אבל למ"ד קה"פ לאו כקה"ג דמי, אזי מצד הסברא יש לו דין שדה אחוזה, כיון דמשום תורת ירושה יש לו זכייה מחודשת עיי"ש, [ועיין בש"ע אהע"ז (סימן פ"ה סעיף י"א ברמ"א) דאם נתן לה אביה במתנה לדבר פרטי כגון למה שאת נושאת ונותנת בפיך, וכדומה, דאז אין לבעלה שום זכייה בהם, ואח"כ מת אביה דזכה בהן הבעל כדין נכסי מלוג, והוא ג"כ מטעם זה דכיון דיש לה עתה זכייה מחודשת שתוכל לעשות בהן מה שתרצה, שוב נחתה בזה מתורת ירושה וממילא זכה בהן הבעל כדין נכסי מלוג, וכן מצאתי בתשו' המיוחסת להרמב"ן (בסי' ק"ו) אשר מקור דברי הרמ"א משם], עוד נקדים לזה מה דאיתא בקידושין [דף כ"ו] רב אשי אמר במתנה ביקש ליתנה לו ולמה כתב בלשון מכר כדי לייפות כחו, ובתוס' שם ד"ה ולמה וכו', תמיה העולם מדבריהם דדוקא לענין דינא דבר מצרא כיון דקושטא הוא דמתנה שכתוב בו אחריות אית ביה דינא דבר מצרא, ול"ל דרך לתחבולות מרמה כתב לו בלשון מתנה בשטר בפני עצמו וכשיצטרך לזכות משום בר מצרא יצניע את שטר מכר. אבל במסקנא דהביאו בשם הירושלמי דנפ"מ לענין בור ודות, שפיר איכא למימר דבשטר א' כתב לו לשון מכר ומתנה כדי לייפות כחו, ולהכי ארכביה אתרי ריכשי, גם ידוע פלוגתא דרשב"ג ורבנן ב"ב [דף קל"ח] במי שזיכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח, והרי להדיא דאם קבלו בעצמו בשתיקה כבר קנאו במתנה שנתנו לו, ותו אי אפשר להפקיע מרשותו רק משום הפקר כיון שכבר זכה בו. עוד נקדים שיטת הר"י מיגאש מובא בחידושי רמב"ן ב"ב [דף קכ"ט ע"ב] גבי ירושה אין לה הפסק [והספר הר"י מיגאש איננו תח"י] דזהו היכא שנתן לו בתורת ירושה או אפילו בלשון מתנה להדיא, כיון דראוי ליורשו, כבר זכה בה משום ירושה, ותו אין לה הפסק, אבל היכא שלא הורידו כלל לנכסיו רק דממילא זכה בהם הראוי לירש, אזי בכגון זה יש לה הפסק, ומשה"ע נמי כשנתן במתנת שכ"מ לאחרים על תנאי באם, הגם שאינו קונה רק לאחר שיתקיים התנאי מ"מ לא שייך דינא דר"א בריה דרב איויא לומר שכבר זכו היורשים משום ירושה וא"ל הפסק. איברא הרמב"ן שם מסתפק בזה, וכתב דאפ"ל דאפי' זכו היורשים מעלמן, ג"כ אמרינן דירושה אין לה הפסק, ומשה"ע נמי לא ניחא ליה מה שתירץ על הא דתנו שקל לבני בשבת, דכיון שלא זכו אלא בשקל כל ימי חייהם שוב לא שייך במותר הנכסים לומר דירושה אין לה הפסק, ובאותן השקלים אם נשאר עד לאח"מ אזי בקושטא יש בו משום דינא דירושה א"ל הפסק, ורמב"ן שם לא ניחא ליה בכל זה כיון דמ"מ נכסי בחזקת יורשים קיימי, וממילא זכו בכל הנכסים משום ירושה דממילא ושוב א"ל הפסק, וע"פ הצעת דברים האלה דברי הרמב"ם עולים על נכון בדרך מישור, וגם הרשב"א בתשו' אינו חולק עליו בזה כאשר נבאר:

ד **ובמסילה** נעלה לפרק משיטת הרמב"ם את אשר תמה על דברי קדשו, הריב"ש בתשו' [סי' קס"ח] אשר הבאתי לעיל [אות א'] והוא על מ"ש הרמב"ם שם [בהלכה ו'] דאם אמר בפירוש לא משום מתנה אני נותן לך רק משום ירושה והרי הפסקתיה, דאזי יש לה הפסק וזהו נגד המושכל, דמאיזה דרך המליץ שדיבורו שאמר בפירוש נגד סוגי התורה יועיל, דכיון דס"ל כדעת הגאונים דאפי' כשאמר בפירוש משום מתנה ולא משום ירושה, אפ"ה כשראוי ליורשו דין ירושה יש לה וא"ל הפסק, במאי נתייפה עתה בתוספת דברי הבאי כשאמר והרי הפסקתיה, ולפום ההקדמות שהקדמנו נכון הוא בטעמו, דס"ל דטעמא דמילתא עיקרו הוא כמ"ש הרמב"ם

הרשב"ם [קל"ט: בד"ה אם אמר] דמסתמא ניחא ליה בירושה דאורייתא הגם שנתן רק לאחד מן היורשים, דכיון דלר' יוחנן בן ברוקה התורה נתנה לו רשות להנחיל לכל מי שירצה, לכן כל מה שנתן לו דין תורת ירושה דאורייתא עליו, ולהכי אמרינן דמסתמא לא ניחא ליה לעקור תורת ירושה דאורייתא. אולם הרשב"ם ס"ל כן רק היכא דאמר בלישנא מילעי כגון נכסי לך, וכדומה. אבל כשאמר לשון מתנה מפורש הרי חזינן דעקר, [ועיין במלחמות ה' (גבי סבתא בס"פ יש נוחלין) [בפ' יש נוחלין גבי הא דשלח רב אחא בריה דרב אויא] דמפרש בטעמא דרי"ף וסייעתו, משום דאי איפשר שיחול לשון מתנה ודין מתנה על מה דאית ליה בתורת ירושה דאורייתא, ומש"ה סבירי להו דלא מהני אפי' כשאומר בלשון מתנה מפורש, ואפי' היכא שנתן רק לאחד מהם מ"מ דין תורת ירושה דאורייתא עליו]:

אבל הרמב"ם בחר לעצמו כעין סברת הרשב"ם הנ"ל, ומשה"ע ס"ל דאפי' כשאמר בלשון מתנה מפורש ואמר לא משום ירושה רק מתנה, מ"מ לא יצא בזה מתורת סתמא, דאמרינן דדעתיה דאיניש על תורת ירושה דאורייתא, והא דכתב ליה בלשון מתנה כדי לייפות כחו, והוא דכמו דאמר רב אשי בקידושין [ד' כ"ו] הובא לעיל [אות ג'], ועיין ב"ב [ד' ז':] גבי אחין ושותפין שחלקו דאין להם דרך זה על זה וכו', וכן פסקינן בש"ע [סימן קע"ג] להכי כתב לו בלשון מתנה כדי לייפות את כחו, אבל לא לגרע כחו של ירושה הוא דאתי עליה ומש"ה אין לה הפסק כדין תורת ירושה דאורייתא:

אבל כשאמר בפירוש לא משום ירושה רק משום מתנה והרי הפסקתי', דחזינן דאתי עליה בלשון מתנה זו גם לגרע כחו בפירוש ומש"ה יש לה הפסק, כיון שהוציאו מדין ירושה לגמרי, ורק בתורת מתנה לחוד הוא שהורידו לנכסיו וכדין מתנת שכ"מ דמהני בדיבורא לחוד, ועיין:

ה לפום דברינו אלה ניחא ג"כ הא דליהף הרמב"ם בלשונו הלא [שם בהלכה ה'] אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה וכתב לזה נכסי לך ואחריך לפלוני וכו' עכ"ל, דכיון שהקנה לו מנכסיו ולא עלה על דעתו אז משום ירושה כלל, כדרך כל הבריאים וא"כ לא מיבעיא אם כבר זכה בו הראשון בעוד הנותן חי משום מתנה, אזי שוב אי איפשר לחול עליו דין ירושה כלל [וכמ"ש באות ג' ראיה לזה מסוף פ' השולח גבי בן שקנה מאביו, ואע"ג דאנן פסקינן קה"פ לאו כקה"ג דמי, אבל באחריך שאני דהתם בוודאי יש לראשון קה"פ שהוא כקה"ג וכמבואר בב"ב (ד' קל"ו) סוגיא דאחריך], אלא אפי' אם מת הנותן ועודנו לא זכה המקבל הראשון שראוי ליורשו, אפ"ה יש לה הפסק ולא מצי היורש למימר לא ניחא לי בתורת מתנה רק משום ירושה, שכבר כתבנו לעיל [אות ג'] דכל היכא שלא הורידו הנותן ליורש בתוך נכסיו אזי יש לה הפסק אפי' בירושה דממילא, רק בשכ"מ הוא דאמרינן אפי' כשאמר בפירוש משום מתנה, דדעתו היה מסתמא גם על ירושה דאורייתא רק לייפות כחו הוא דכתב ליה גם בתורת מתנת שכ"מ, ומשה"ע נמי גם בשכיב מרע שנתן במתנת בריא בקנין מעכשיו, לא פסיקא ליה מילתא לומר שרק משום תורת מתנה הוא דניחא ליה ולא משום ירושה, דכיון דדואג ומיצר על איבוד עולמו ושהגיע קצו עדיין י"ל דניחא ליה בתורת ירושה, ולייפות כחו כתב לו גם משום מתנה מעכשיו:

ו ועתה עלה בהר עמו לה, שכל הפוסקים מודים לרבינו בזה, וגם הרשב"א בתשו' אינו חולק על דבר פשוט כזה, ומסתבר בטעמא, רק דברי הרשב"א על מבוכה אחרת נאמרים ונשנים, כאשר נציגה פה לעומת הקורא נעים, וז"ל [בסימן אלף קמ"ז] הצריך לעיקר הענין. שאלה, ראובן לא היו לו בנים כי אם בת אחת ונתן לה כל נכסיו במתנת בריא. ומת, ואח"כ הלכה הבת ונתנה הנכסים לאמה ומתה. וכתב בתשובתו וז"ל, עוד נראה שאין לנותן בן או בת זולת הבת הזאת, ומיד שמת האב נתרוקן כל הזכות לבת שאין אני רואה שאמר האב במתנתו ואם תמות הבת יירשו אחרים תחתיה, ולא עוד אלא שאפי' אמר כן לא אמר כלום, לדעת הגאונים ז"ל שאומרים שאין לשון מתנה למי שראוי ליורשו אלא לשון ירושה, וירושה אין לה הפסק בהיות לשון שיתן אלא א"כ מסר הדבר הנקנה ליד אחר, כאותה ששנינו תנו לבני שקל בכל שבת, ואם אמר אם ימותו יירשו אחרים תחתיהם, בין אמר תנו ובין אמר אל תתנו אין נותנים להם אלא שקל, וזה לא מסר ביד זה אלא שטרי מתנת הבת לא זולת זה עכ"ל. ודברי קדשו נעלמים ונפלאים מעיני כל מעיין בלדק, כיון דעיקר שאלתו היה אם נתינת הבת שנתנה לאמה מהני

ונראה בעליל מד"ק דפשיט ליה דמהני מתנה כשם דירושה אין לה הפסק, שהרי כתב אח"כ שרק מפני שהיתה קטנה בשעה שנתנה, הוא דלא מהני מתנתה בקרקעות, וא"כ מאי האי דמברר לן כזאת ממה שאמרו דירושה א"ל הפסק, ומאי ענין שמיטה אצל ה"ס, ועוד כיון שהקדים שלא הניח אבי' בן או בת חוץ מזאת וא"כ יורשי' המה יורשי אבי', ותו ל"ש כלל לדין ירושה שא"ל הפסק, דכ"ז נאמר ונשנה [רק] כשהניח שני בנים ונתן לבנו ואמר שאחריו לבן השני, שגם שניהם יורשיו מ"מ יורשי הבן הראשון יורשין אותו מדין דירושה א"ל הפסק. אבל בנידון זה אין לזה מקור ושורש:

לבן נראה לפענ"ד לגלות עומק דברי קדשו, והוא דאיתא בעובדא דרב ביבי בר אביי [ב"ב ד' קל"ז:] דהיכא שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני הגם דפסקינן כרשב"ג דבאחריך לפלוני יכול הראשון למכור וליתן, אבל כשהוא לעצמו לא מהני מכירתו, ואיתא שם בפוסקים רבותינו קדמאי [ברמב"ן שם] דגם כשהניח ליורשיו דינו כמו שהניח לעצמו, ומש"ה גרסי גבי סבתא ובתרה לירתה, ול"ג לירתאי דא"כ היכא איתא שם דאי קדמה סבתא ותבני זבינה זביני, [עי' ברז"ה בעובדא דסבתא ד' קל"ה:] ופשיטא ליה לרשב"א דה"ה כשנתן לבנו ואחריו למי שראוי ליורשו, דג"כ ל"מ מכירתו כיון דחזינן דעתיה שיפאר עזבונו אצל יורשיו, וכן נראה מצד הסברא [כמו שמבואר ברמב"ן (ד' קל"ט:) וכן הוכיח מן הגמרא שם, לענין ירושה א"ל הפסק דגם בשהניחם בניו הדין כן]. ומעתה דעת לנבון להתבונן בזה היטב, דכשם דאמרינן בבן שקנה שדה מאביו ומת אביו ולא הניח יורש אחר זולתו, דלמ"ד קנין פירות לאו כקה"ג דמי, כשמת אביו אח"כ, דממילא נגרר הענין מצד הסברא פשוטה שיש לו דין שדה אחוזה אפי' לגריעותא של הבן, שהרי התם כשהקדישה אחר שמת אביו הוגרע כחו של בנו ע"י ירושה זו, שאז חוזרת ביובל לכהנים שבמשמר, אעפ"כ נגרר ממילא ע"פ סוגי הדת מצד הסברא פשוטה דין תורת ירושה עליו, כיון שיש לתורת ירושה על מה לחול, וכשם דאמרינן שיש לו דין תורת ירושה להורע כחו מכש"כ ליפוי כחו, וא"כ ה"נ בנידון זה כשנתן לבנו ואחריו ליורשיו ומת הנותן בינתיים, דאז חל דין תורת ירושה כיון דמעיקרא לא היה בכחו למוכרו וליתנו לאחרים, שהרי לא זכה אז אלא מכח נתינתו, וכיון שהניח ליורשיו אחריו, אמרינן דאינו יכול להפקיע זכותו של יורשיו. ומעתה כשם דאמרי' דירושה דאורייתא לא ניתן להפסיק מיואלי חלליו, ה"נ אמרינן בקו השוה דירושה דאורייתא לא ניתן לחלאין, והשתא אם נימא דאינו רשאי למוכרו גם כשמת אביו קודם שנתנו לאחרים, נמצא שאתה מחלק ומחלקן בתורת ירושה דאורייתא עצמו וזה נגד סוגי הדת, להכי אמרינן דכיון שקודם שמת אביו לא ניתן בידו כח וזכות ליתנה לאחרים כיון שגם השני הוא יורש דאורייתא אחריו, נמצא שלא היה לו כל ימי חיי אביו רק קה"פ לחוד, ואנן פסקינן דקה"פ לאו כקה"ג דמי, [והגם דאחריך שאני דהתם בוודאי יש לראשון קה"פ שהוא כקה"ג. אמנם התם הוא רק מדחזינן דהראשון יכול למכור. אבל כאן דאינו יכול למכור שוב הדרינן לכללא], אז שוב כשמת אביו נתגולל בידו בתורת ירושה דאורייתא גם קנין הגוף [כדאיתא בס"פ השולח] זכות נוסף על המתנה הראשונה, וחיילא דין תורת ירושה ממילא על זכות שהיה לו ע"י נתינת אביו בראשונה, וזהו שהוכיח הרשב"א במשקל, דכמו דאמרינן בזה דירושה אלה"פ, ה"נ נידון ממילא כשמת אביו ואח"כ נתנו לאחרים דמהני אפי' כשגם אחריך ראוי ליורשו, והא דלא מהני כשנתנה לאחרים, היכא שאחריך ראוי ליורשו, זהו בחיי אביו:

וגם מ"ש בב"י [סי' רמ"ח] בשיטת הרשב"א דס"ל כשיטת הפוסקים הנ"ל דהיכא דלא הורידו כלל להראשון לא בתורת ירושה ולא בתורת מתנה רק שהוא יורש ממילא, תו לא אמרינן בזה דירושה אין לה הפסק, אינו חולק לדברי תשובת הרשב"א הנ"ל, דזהו דווקא היכא שלא הורידו כלל לנכסיו. אבל בנידון דרשב"א הנ"ל שהורידו בנכסיו במתנה גמורה מעכשיו במתנת בריא, רק שנתגולגל עליו אח"כ גם דין תורת ירושה, אמרינן דכיון דמעיקרא כשנתן לו נודע לו ג"כ שע"פ סוגי הדת יחול עליו ממילא גם דין תורת ירושה, הרי זה כאילו הורידו על אופן זה, כיון דלא סגי בלא"ה:

[וביותר ביאור הדבר נתבונן בטעם נכון, דבע"כ צ"ל בטעמא דהפוסקים דל"א ירושה אלה"פ אלא כשהורידו המוריש בתוכו לאה"מ אפי' בלשון מתנה, דמסתמא ניחא ליה בירושה דאורייתא שלא תיעקר, ומה שאמר בלשון מתנה ליפוי כחו הוא דקעביד (כמ"ש לעיל באות ד'), ומובן מזה דטעמיה דהרמב"ן

דהרמב"ן שכתב במלחמות ד' (אשר הבאתיו שם), מסתבר רק לשיטתו דאפי' כשלא הורידו המורישו בתוכו כלל אפ"ה אית ביה תורה זו, ואמרינן שנס ירושה ממילא אלה"פ, ולהכי מפרש דאפי' אמר בלשון מתנה מפורש, משום דלא חיילא מתנה על דבר שהוא שלו מדין תורת ירושה, ואמרינן גביה דירושה אלה"פ, אעפ"י שהמורים לא נתן רק בתורת מתנה, והיורש זוכה רק בתורת ירושה ממילא, אבל לשיטת הפוסקים דס"ל דבירושה דממילא לא אמרינן תורה זו, תו א"א לומר בטעמא דמילתא היכא דכתב לו בלשון מתנה מפורש משום טעמיה דהרמב"ן, רק כמ"ש לעיל :

ברם עיקר הדבר טעמא בעי דמנ"ל לחלק מן הסברא, בין הורידו המורים ובין שזכה מעצמו בתורת ירושה, ונ"ל בפשטא דמילתא, כיון דנראה בעליל שנתן לראשון ואחריו לשני, ובלתי איפשר להתמנע הדבר ולקיים שניהם, מפני שמנגד לסוגי הדת, להכי אמרינן שנתבטל השני מפני הראשון, ואמרינן אלמלא ידע שהוא קנא נגד דת תוה"ק, אזי לא נתן לשני כלל, כי היכי דלא תיעקר דין ירושה דאורייתא (כמבואר בש"ס ב"ב דף קל"ג הוא סבר ירושה יש לה"פ ורחמנא אמר אלה"פ, וברשב"ס דף קכ"ט:), אבל ליכא למימר להיפוך, חדא דמסתמא ניחא ליה בירושה דאורייתא, ועוד שא"א להעשות מתנה וזכייה מחודשת ולומר שיזכה השני מיד אחר מיתתו של הנותן מה שלא זיכה לו כלל, רק שהקדים עוד את היורש שיזכה בו כל ימי חייו, אבל היכא שלא נתן ליורשיו כלל ונתן לאחר לאח"ז על תנאי, הא חזינן להדיא דניחא ליה בשני, רק התנאי מעכב שלא יזכה בו קודם קיום התנאי, וקחזינן דניחא ליה שיתעקר דין ירושה מפני נייח נפשו דעביד ליה השני :

ומעתה מובן הדבר ממילא בדינא דתשו' הרשב"א שנתן לבתו במתנת בריא מעכשיו ואחרי' ליורשה ולא היה לו יורש אחר, ונמצא דאיפשר שיתקיים הדבר בשלימות ולא יגרע אפס מנהו, גם לענין זה שלא יועיל נתינתה לאחרים כמו באחריך ליורשה, דהיינו אם ינתן לאחרים בחיי אביה, אבל היכא שמת אבי' ואח"כ נתנה לאחר, פשיטא דמהני, שהרי ירושה דאורייתא כרוך לעולם בעקבי מתנה כזו, כמו שמצינו בשדה אחוזה, וכמו שכתבנו, וכיון שהענין מתחייב שיתלכד ממילא תורת ירושה נוסף על מתנתו, ומשה"ט יכולה למכור משום שזכתה בתו לאח"מ בתורת ירושה, ונמצא דאפי' להפוסקים דבירושה דממילא ל"א דאלה"פ, אין לו שייכות כלל לנידון זה לענין מכירה ונתינה דס"ל כיון דזכתה בתורת ירושה לקה"ג, מה שלא זכתה מתחלה ע"י מתנה שנתן לה אביה, וכל היכא דזכה הראשון בקה"ג אזי לכ"ע מהני מכירתו ומתנתו כמבואר להדיא בש"ס (דף קל"ו:) לר' יוחנן, וע"כ לא בעינן לטעמא דאחריך שאני, אלא לר"ל לקים דפסקינן כוותיה דקה"פ לאו כקה"ג דמי, והכא דזכתה בגוף ובפירות מש"ה מהני מכירתה להפקיע זכותו דשני] :

ז **ועתה** הבט נא וראה שדברי תשו' הרשב"א הללו לא יתנגדו כלל לדברי פסקו של הרמב"ם הנ"ל, ומרחק רב ביניהם בהבדל הנושאים, אבל בעיקרן יחדיו ידובקו ולא יתפרדו, דהרמב"ם איירי להדיא כשנתן במתנת בריא למי שראוי ליורשו, ואחריו לאיש אחר דעלמא שאינו ראוי ליורשו, ומש"ה פסקא למילתא דלא נשאר ביד יורשי ראשון משום דירושה א"ל הפסק, דכיון דפסקינן כרשב"ג דיכול למוכרו וליתנו לאחרים משום דקס"פ וקס"ג ניתן בידו משום דאחריך שאני, ומש"ה אפי' כשמת אביו הנותן ואח"כ מת בנו הוא המקבל מתנה אפ"ה ל"א דירושה אלה"פ, כיון שבא לידו בתורת מתנת בריא, וכבר זכה בהן לכל דבר שוב אין כאן מקום שיחול עוד תורת ירושה עליו, כיון שאין כאן זכייה מחודשת כמו גבי שדה אחוזה למ"ד קס"פ כקס"ג דמי :

וא"ל דמ"מ היכא שמת דירושה אח"כ שיזכה בו לענין זה עצמו להורישו ליורשיו, דהא כיון שאין לו זכייה מחודשת בעצמותו ע"י ירושה זו שוב אין יורשיו יורשין שכבר קדמו אחריך, דכל היכא דלא זכה לעצמו המורים ע"י שמא דירושה תו א"א שיזכו בו יורשיו, הגע בעצמך למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, אזי פשיטא היכא שנתכוין להורישו ליורשיו, אבל הוא לא יזכה בהן כלל דפשיטא שגם הם לא זכו אפי' כשמת אח"כ דכל כמה דלא זכה (היורש) [המורים] הו ליתא בתורת ירושה, וראיה לזה מנדרים [דף ל"ד] גבי ככר של הפקר והקדישה ואח"כ נטלה להורישה לבניו דמעל לפי טובת הנאה שבה, וכתב הרא"ש שם דלמ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו פשיטא דלא זכו בה, משמע להדיא דאפי' כשמת אח"כ ליתא בתורת ירושה כיון דלא זכה בהם המורים, והשתא נלמד דינו של הרמב"ם הנ"ל במכל שכן מהאי דשדה אחוזה דאמרינן למ"ד קס"פ כקס"ג דמי, אע"ג דחיילא אח"כ שמא דירושה לתמלית קס"ג, אפ"ה לא הוי זכייה מחודשת לענין זה שיחול עליו שמא דירושה, מכ"ש בדינו הנ"ל שהוא לא זכה ולא מידי ע"י שמא דירושה כיון שכבר זכה לכל דבר ע"י מתנה דמעיקרא, ממילא מובן דה"ה אם מת הנותן קודם שהגיע לידו מתנה זו שזיכה לו ע"י אחר ג"כ לא שייך ביה לומר דירושה א"ל הפסק, דממנ"פ אם רוצה לזכות ע"י כחא של מתנה שזיכה לו אביו בקנין ע"י אחר, אזי כבר זכה למפרע ע"י קנין דמעיקרא ושוב אין כאן מקום לחול עליו שמא דירושה, דהא כבר הקדמנו לעיל [אות ה'] דגבי מתנת בריא והוא בריא תו לא נכנס בו כלל דין ירושה במתנה זו, ואם אינו רוצה כלל בתורת מתנה זו רק ע"י ירושה דממילא הרי זה רק כמו ירושה דממילא, וי"ל דהרמב"ם ס"ל דבירושה ממילא ל"א דירושה אין לה הפסק, [והא דהצריך הרמב"ם שם (בהלכה ו') לומר גבי תנו לבני שקל וכו' ואם מתו יירשו אחרים וכו' דאמר להדיא לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, (דהוא) אע"ג דס"ל דבירושה דממילא דכיון שלא נתן להם אלא שקל בכל שבת, תו לא זכה בתורת ירושה ע"י הנותן רק משום ירושה דממילא, היינו משום דניחא ליה למימר דמילתא דפשיטא נקט גם כשנמנמו ונותר אחריהם משקלם בכל שבת אפ"ה ינתן לאחרים, ול"א דכבר זכו בהם היורשים, היינו משום שאמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, ואפי' את"ל דלא איירי כשהשליש ביד שליש אפ"ה אתי שפיר משום דאיפשר דמיירי באופן זה] :

אולם הרשב"א [מיירי] בשאחריך ראוי ליורשו דנשתנה דינו ע"י ירושה לזכייה מחודשת ומש"ה שפיר מהני מה שנשתנה אחר מות אביה :

ח **תבנא** לדינא דנידון דידן דגם את"ל כדעת הסמ"ע מובא לעיל [אות א'] דתרווייהו בעינן שהושלשו ביד שליש, ושיאמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, ובעובדא דא דלא אמר הכי, נמצא דהדרא לדינא דירושה אלה"פ, ואי משום שהקנה להם במתנת בריא עודנה יש לומר דדוקא נקט הרמב"ם כשהיה בריא כמש"ל [באות ב'], היברא דזהו היכא שהקנה ליורש עצמו במתנת בריא מעכשיו, לכן כשהוא שכ"מ אפ"ל דמ"מ לא נפקע שמא דירושה, ולהכי אמרינן דא"ל הפסק, אבל בכ"ד שהקנה לאחרים במתנת בריא מעכשיו ע"מ להקנות ליורשים בכל שנה ושנה סך מסויים, וכן לזרעם ולזרע זרעם, הכל ע"י כח וזכות שיש לאפוטרופסים בקנין גמור מעכשיו, אזי פשיטא דלא שייך לומר על המותר [דהיינו מן השנים הנותרים] דירושה אין לה"פ, כיון שלא הניח אחריו בתורת ירושה כלל, ואפי' לדעת הרמב"ן דמספקא ליה בתירוצם של הפוסקים הנ"ל [באות ג'] גבי תנו שקל לבני בשבת, דעל השקלים שלא זכו עדיין ל"ש בזה משום ירושה א"ל הפסק, ורמב"ן השיב דמ"מ זכו היורשין ממילא, וס"ל דגם בירושה ממילא אמרינן דא"ל הפסק וכמ"ש לעיל, איברא כל זה כשלא נתן והקנה לאחרים במתנת בריא מעכשיו, אבל בנידון דידן לית מאן דפליג דלא שייך כלל לומר תורה זו, שהרי הקנה את גופם של האילנות והבתים לאפוטרופסים בקנין גמור מעכשיו, ומן הפירות יתנו מדי שנה בשנה לזרעם ולזרע זרעם, ואם ימכרו לאחרים אזי לא יותן להם עוד רק יתנו לת"ח שיבררו הם, אזי פשיטא לכ"ע דל"ש בפירות שלא זכה מעולם דין זה כלל וכלל :

ט **גם** אין לדון ולערער בזה מדברי ב"י [סי' רמ"ח בסעיף פ'] שכתב בשם הרשב"א, וז"ל ועוד כתב ז"ל וכדי שלא יתבש אדם בהלכה זו, ללמוד ממנה לאותם שכותבין בשטרי מתנה ומקח לך וליורשיך ולבאים מכחך, שיהא הדין נוהג בם כדין שאמרו כאן, אני כותב שלא נאמר דברים שבשמועה זו אלא באומר אחריך, אבל באומר לך וליורשיך שופרא דשטרא הוא, שהמתנה או המכר לא יהא להם הפסק, שכן כותבין למכור ולמשכן וכו' וא"ל כי אם לשופרא בעלמא עכ"ל, א"כ גם בכ"ד נימא שזרעם וז"ז לא יזכו בחלקם מכח הנותן והאפוטרופסים רק מכח מורישם, וא"כ דמי בזה למ"ש הריב"ש [בסי' קס"ז] במי שנתן במתנת שכ"מ לבתו במקום בנו ואם תמות יותן לבנו, ולאח"מ בנו יהיה מחליתו להקדש ומחליתו למי שראוי לירש, ופסק שם דגם בזה אמרינן דירושה א"ל הפסק ולא זכה הקדש רק מי שראוי לירש יטול כל חלק הבת, הרי דאע"ג דמתחלה בא ליד הבת בתורת מתנה, מ"מ כיון שהגיע אח"כ ליד בנו מבתו בתורת ירושה שוב אלה"פ, וה"כ בכ"ד נמי נימא דאע"ג שזרעו זכו מן האפוטרופסים, מ"מ זרע זרעו כבר זכו ממורישם, ומה שכתב לזרעם ולז"ז לא שיזכו גם הם מן האפוטרופסים רק לשופרא דשטרא, דז"א דעד כאן לא אמרינן דלשופרא בעלמא כתב כן, אלא היכא שלא הטיל תנאי בזכייתם, אבל היכא שהטיל דבר תנאי בזכייתם, הרי חזינן דעודנו לא נתקן מרשותו לגמרי, דאל"כ היכי מטיל תנאי בדבר שכבר יצא מרשותו

מרשותו

מרשותו לרשות מורישם, והמה מיד מורישם הוא דקא זכו בירושה דממילא, אלא בע"כ צ"ל דכוונתו היה שכולם יזכו ממנו ומיד האפוטרופסים, ולהכי כיון דעודם קשורים ברשותו, לכן בידו להטיל בהם תנאי כרצונו וז"פ וברור:

גם מה שאמרו לערער על הלוואה, כיון שהיה שכ"מ בשעת הלוואה לא מהני קנין מעכשיו, אין בזה ממש, והוא נגד כמה וכמה סוגיות הש"ס, ומבואר להדיא בדברי הרמב"ם [פ"ח מה' זכייה ומתנה הלכה י"ח] להיפוך:

נמצא הדין ברור בלי גמגום שכל דברי הלוואה שרירין וקיימין עפ"י דת תוה"ק אליבא דכל הדעות, ולא נפרץ דבר מכל דברי המנוח הנדיב זלה"ה אפי' כמלא מחט, וכל דברי הלוואה כראי מוצקים ולא יעלה הכורת, וכל הרוחות שבעולם לא יזיזו זיז כ"ש להפר אפס מנהו, לו ישלח ה' בקירות לבב הנדיבים והמופלגים בתו"י הי"ו, וישקלו הדברים בפלס מאזני הצדק, אזי ידעו כי בעזה"י שפתי ברור מללו, ואין לנטות מזה כמלא פסיעה קטנה שגם החכמים הנבונים המופלגים הרבנים שליט"א אשר התחילו לערער על הלוואה יענו ויאמרו, אמת כן הדברים:

דברי הכותב לכבוד התורה ולומדיה
הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זללה"ה.

סימן עט

תשובה בדיני נחלות

בדבר שאלתו באחד שרוצה ליטול פי שנים בירושת אביו ולא נודע שהוא בכור רק ע"י אגרת שלומים מאביו שכתוב בו כחי וראשית אוני:

א **הנה** בהשקפה ראשונה אמרתי דמוכח מקרא דכתיב [בראשית מ"ט ג'] בכורי אתה כחי וראשית אוני, משמע לכאורה דכחי ור"א אינו היכר שלם, ואח"כ ראיתי בפירוש הר"י אברבנאל דכחי ור"א פירושו שנולד בעודנו באבו כשהיה שלם בכל כחותיו, ועוד ראיה מתשובת הגאונים [מובא בסמ"ע בסימן רע"ז ס"ק י"ח] עי"ש, אבל עודנה לא מוכרח לגמרי דשאני התם שלא כתוב בו הכרה של בכור רק ע"י צירוף מן הרשום יום מולדתו וכתובת אמו, אבל הכא על זה אנו דנין אם לשון זה הוא לשון הכרה, ותו לא תליא בטעותא או בשיקרא כיון שהתורה האמינתו:

ב **איברא** לפענ"ד נראה דאפי' כתוב באגרת שלו בפירוש בני בכורי כיון דלא כתב לאחרים רק לבנו עצמו, לאו הכרה הוא, כיון דכתיב בקרא [דברים כ"א י"ז] יכיר בלשון מפעיל ובאו חכמינו ז"ל בקבלה איש מפי איש דיכירנו לאחרים, מכללו נשמע דלאחרים דוקא ולא לעצמו, [וכ"מ בתרגום יהונתן שם אורם ית בוכרא ביר סניתא יהודע לכולא דהוא בוכרא], והנה הגם דלדעתי ממקומו מוכרע נראה עוד כדמות ראיה לזה, דאלת"ה אלא דגם לעצמו הוי הכרה, א"כ מילתא דפשיטא הוא היכא שהוציא בנו נסכא לאחר מיתת אביו מתח"י לפנינו. ואמר, כן הדברים שהוא משל אבינו, אבל מגיע לי חלק בכורה מכל עזבון אבינו, שכן אמר לי אבא שאני בכור, דאזי פשיטא דנאמן במיגו דאי בעי שתיק, אכן אם נימא דאין זה הכרה אזי לכמה פוסקים גבי את לאו קמודית [ב"ב דף ל'.] פשיטא דאינו נאמן, דאע"ג דאביו היה נאמן במיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה, זהו היכא דנשמע מפיו, אבל להאמין לבן במיגו שכך אמר לו אביו במקום שאב גופיה אינו נאמן אלא במיגו, לא אמרינן מיגו כזו, וכן ס"ל לרשב"ם שם, וכן פסקינן דאם אמר לו מפלוני זבינתי' דזבנה מינך, ולית ליה סהדי שהיתה שלו מעיקרא אפ"ה אינו נאמן שכך אמר לו המוכר במיגו דלהד"מ, ונאמין למוכר, שהרי בשעה שאמר לו דזבנה מינך היה נאמן ג"כ במיגו, וטעמא דמילתא נראה שהוא כעין סברת הרמב"ן [שם דף מ"א:] מובא בנמוקי יוסף גבי האי דדר בקשתא בעיליתא, דהיכא דלית ליה ללוקח סהדי דדר בו חד יומא, והוא טוען שיודע בבירור שדר בו המוכר בשעה שמכרו לו דא"כ במיגו, דמיגו ל"א היכא שאנו צריכים לברר עוד ספק מדעתינו, עי"ש היטב [וברא"ש שם פרק חזקת הבתים סימן ז'], ולהכי נמי גבי לוקח דלא ברירא ליה מילתא שהמוכר זבנה מיניה, רק מפני שהיה נאמן במיגו תו לא מהני מיגו דלוקח, כיון דעיקר תוקפו של מיגו לא הוי כעדים שנחקרו בב"ד רק כחזקה דמי, עיין קידושין [דף ס"ג:] גבי פלוגתא דרבי ור' נתן, ומש"ה לא מהני תו מיגו דלוקח כיון דמ"מ גם לפום טענתו לא נתברר הדבר בבירור גמור לא ע"י עצמו ולא ע"י עדים, אבל אם נימא דהוי הכרה אף שלא הכירו לאחרים, פשיטא דנאמן בנו במיגו כיון שנתברר הדבר לפנינו ע"י הכרה דאביו דדמי לעדות גמורה, ולדידן דפסקינן דל"א מיגו להוציא, מ"מ דלא אלים כעדים, [ובדיני דהכיר בזמנו סימן כ"ט, ובדיני אומן סי' ס"ז האריכנו בזה], וא"כ מאי קשיא להו לגמרא [ב"ב דף קכ"ז:] לרבנן יכיר למה לי אפי' בצריך הכירא תיפוק ליה דנאמן במיגו דאיכא נפקותא בכגון זה, א"ו דכעין זה לא הוי הכירא כלל, ומש"ה אפי' היכא דאית ליה מיגו לא מהני מידי, דלו יהיה כדבריו שכך אמר לו אביו לא מהני כלל, וממילא נשמע דאפי' היכא שטוען שכך אמר לו אביו בפני אחרים ויש לו מיגו ג"כ אינו נאמן, משום דדמי למיגו בדדמי דמפני שנדמה לפניו דליכא נפקותא בזה בין היכא שאמר לו בינו לבין עצמו או לפני אחרים, להכי לא נראה בעיניו כטוען שקר, ולפ"ז יש לומר יותר דאפי' היכא שהיו עדים אחורי גדר ושמעו שאמר לו אביו בני בכורי ג"כ אפשר דלא מהני, דלא הוי הכרה עד שיכירנו לאחרים:

ג **ויש** להרגיש בענין זה שכבר נודע למי שיש לו יד בש"ע, שדרכו של מרן זקני רבינו בעל בית יוסף להביא דברי הרמב"ם בלשונו הלא, וכאן בענין הכרת בכור הניח את לשונו הטהור שכתב [בפ"ב מהלכות נחלות הלכה ט"ז] וז"ל, העידו עדים שכן שמעו אביו של זה אומר דברים כך וכך והרי אותן הדברים יוודע מכללן שזה בנו בכורו הרי זה נוטל פי שנים, אע"פ שלא אמר האב בפירוש זה בני בכורי, והטור וכן הש"ע [סימן רע"ז סעיף י"ג] הניחו לשונו ונקטו בלישנא של שאר הפוסקים עי"ש, ומכללו נשמע דהאומדנא לא מהני על כולה מילתא רק היכא ששמעו ממנו שהוא בכור, רק דעודנה יש לספק דאולי בכור אמו קאמר בזה מהני האומדנא אע"פ שלא אמר בפירוש, כיון דעיקר מילתא הוי ע"י הכרה בפירוש, אולם מלישנא דהרמב"ם משמע לכאורה דבכולה מילתא מהני, לכן שבקו לנישנא דהרמב"ם בזה אע"ג דבכל דיני ממונות מהני ידיעה בלא ראיה, עיין שבועות [דף ל"ד.] לריה"ג שם, אבל גבי בכור כיון דכתיב יכיר, בעינן שעיקר ההכרה יהיה מן האב בפירוש ולא ע"י ידיעה בלא ראיה:

סימן פ

עוד בדיני נחלות

א **כתב** הרמב"ן בחידושיו לבבא בתרא בסוגיא דראוי [דף קכ"ה] וז"ל, והרב הר"י הלוי ז"ל ג"כ אומר שאשה גובה כתובתה מן המלוה אפי' גבו מעות בזה"ז וכו', וראיה אחת הביא מדקתני בכתובות הרי שהיה נושה באחיו מנה והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי אלא מוציאין מידו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות, ואוקימנא כר' מאיר דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה, וכר' נתן דאמר מוציאין מזה ונותנין לזה, לדידן נמי דתקינו רבנן בתראי דגביא ממטלטלין גובה מן המלוה, וזו הראיה אע"פ שהרב בעצמו מפקפק בה יותר נכונה לדעתי, ואעפ"כ יכולני לדחותו ולומר דילמא רבי הוא דאמר מלוה מוחזקת היא, וא"ת א"כ הוי תלתא חומרי והתם אמרינן לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה אלא או ר"מ או ר"נ, והוי לן למידחי נמי משום חומרא דרבי, י"ל דההיא לא מסיימי דהא איכא הכא בשמעתין אמוראי דסברי מלוה כמאן דגביא דמי אפי' לרבנן ומוחזקת היא אפי' לגבי בכור, ואביי נמי דהוא מריה דהאי סוגיא הכי ס"ל כדאיתא בפסחים, עכ"ל הרמב"ן, והקשה בקצה"ח [סי' ק"ז] וז"ל, ועי"ש שהאריך בפרק כל שעה [דף ל"א.] דאמרינן שם גבי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם, ואמרינן שם בשלמא לאביי דאמר למפרע הוא גובה ניחא, אלא לרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה ליהוי כיתומים שקנו קרקע, ושנינן משום דר' נתן עי"ש. ומזה הביא הרמב"ן דמלוה מוחזקת היא לאביי משום דס"ל למפרע ה"ג, הו"ל כאילו בא ליד אביהם מחיים עי"ש, וקשה לפ"ז איך אמרינן עלה בפרק האשה שנפלו

[דף פ"א] לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה אלא או ר"מ או ר"נ, דהא לאביי דהוא מרא דשמעתא שם אמר לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי, ואביי דס"ל למה"ג א"צ לדר"נ כלל, דהא בפ' כ"ש לא הוצרכנו לדר"נ אלא לרבא, ולכן נראה דאפי' לאביי דס"ל למפרע ה"ג היינו דוקא כשגבאו לבסוף נעשה כאילו משה לידי' למפרע וכמ"ש תוס' בפרק המניח [דף ל"ג] ד"ה הקדישו ניזק א"ב, ולהכי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דכבר גבו נעשה כאילו למפרע היה ביד אביהם, ולהכי בע"ח חוזר וגובה אפי' בלא דר"נ, אבל התם במי שהיה נושה באחיו אי לאו דר"נ, דכיון דעדיין לא גבה מצי אמר לאו בע"ד דידי את וכדאיתא שם, א"כ גם לאביי נמי מצי אמר הכי אי לאו דר"נ דכל זמן שלא גבה ל"ש למפרע גובה, וא"כ דוק מינה שפיר דכתובה גובה בראוי דאי נימא רבי הוא הו"ל תלתא חומרי, ואי משום דאביי לשיטתו דס"ל למה"ג הא כל זמן שלא גבה לא שייך למפרע ה"ג עכ"ל הקצה"ח, ולפי דבריו דברי הרמב"ן תמוהים למאד:

והנה מה שתירץ הקצה"ח ז"ל ליישב הסוגיא אליבא דאביי דהוא מרא דשמעתא, דהיינו דוקא כשגבאו לבסוף, לא נראה לפענ"ד כלל, דהיכא דמתלי הגבייה עלמה ומסורכת בדינא דלמפרע גם בזה אמרינן למה"ג לאביי, וכן מוכח להדיא מתוס' פרק השולח [דף מ':] ד"ה הקדש, דמפרשי להו דהא דהקדש ושיחרור מפקיעי מידי שיעבוד, הוא לרבא דס"ל מכאן ולהבא גובה, וכיון דחלה שעה אחת תו לא פקעי, אבל לאביי דס"ל למה"ג לית ליה הפקעת שיעבודן כלל יעוי"ש, והרי להדיא דאף דקודם שגבאו חל ההקדש והשיחרור דהרי יכול לסלקו בזוזי, אפ"ה לא אמרינן דלא יגבה כלל וישאר ההקדש והשיחרור לעולם, אלא אמרינן להיפוך דיגבה וממילא דלא חל ההקדש והשיחרור מעולם מפני דאמרינן דלמפרע משעת הלואה היתה שלו ולא היה ביד הלוה להקדישו כלל, ואכן דינו עתה בתר סופו, וה"נ בנידון זה במי שהיה נושה באחיו דאם תגבה כתובתה נמצא דלמפרע קנויים הנכסים בידה ממש, ומעתה הרי הוא כאילו נכסים ממש נמצאים ביד היבם, שהרי אם תגבה הרי אכן דינו לאביי דס"ל למה"ג, ואי אקדים מלוה וזבין מלוה שפיר דמי דדמי ממש כאילו קנאם בעלה ומכרם לה, ובזה ל"ש כלל לומר לאו בע"ד דידי את שהרי נכסים שלה נמצאים אצלו, וא"ל דאף אומנם שכן הוא לאחר שגבאה אבל מ"מ מתחלתו מצי אמר לאו בע"ד דידי את, שהרי מוכח מדברי תוספות דדינו בתר סופו בזה, דאל"כ גם בהקדש ושיחרור היכי מצי גבי כלל, וי"ל בדוחק, ומדברי תוס' שהביא אין ראיה לנידון זה דהתם כשפדאו ולעולם לא יבא לידי גבייה, אבל היכא שמסורכים זה בזה נראה מפשטות דברי תוס' דגם בזה אמרינן למה"ג לאביי:

ב **ובעיקר** קושייתו על הרמב"ן נראה דהרי מבואר בש"ס ב"ב [דף קל"ו] דלר' יוחנן דס"ל קנין הפירות כקנין הגוף דמי דאם מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה לוקח וקבעי הש"ס למימר התם דתנאי היא דרבי ורשב"ג דפליגי בנכסי לך ואחריך לפלוני וירד הראשון ומכר יעוי"ש ברשב"ם [ריש דף קל"ז] בד"ה תנאי היא, תמצית דבריו דלר"ל דפסקינן כוותיה אמרינן דטעמא דרשב"ג משום דאחריך שאני, ועיין ברשב"ם שם [בסוף דף קל"ז] בד"ה ע"כ לא פליגי רבי ורשב"ג בפירות דראשון וכו' אלא בהכי פליגי דר"ש סבר קנין פירות שיש לראשון כקנין הגוף דמי אפי' לר"ל דאחריך שאני וכו' עכ"ל. ומעתה לכי נידוק נמצא יסוד מוסד מסוגיא זו דגם לדידן דפסקינן כר"ל דק"פ לאו כקה"ג דמי, [ונמצא דעיקר הקנין הוא לבעל קנין הגוף הגם דמי שיש לו הק"פ יש לו ג"כ מקום היניקה, אכן אין זה רק בגדר שיעבודא לחוד דמקום היניקה משועבדת לו כמבואר בפוסקים, ועיין ר"ן נדרים ריש פרק השותפין], מ"מ היכא דחזינן להדיא דיכול להפקיע לגמרי מן הבעלים של קה"ג אזי בע"כ גם ר"ל מודה דקנינו אלים וכקה"ג דמי, כמו באחריך דמבואר ברשב"ם דגם לר"ל כקה"ג דמי, וכן משמע שם להדיא בכל הסוגיא, שהרי לס"ד טעמא דרשב"ג דס"ל אין לשני אלא וכו' משום דכקנין הגוף דמי, וגם למסקנא לא נחתינן מסברא זו דהיכא דיכול למכור ולהפקיע לגמרי דקנינו אלים וכקה"ג דמי לכ"ע, רק דמשני דטעמיה מאי משום דאחריך שאני ולהכי יכול להפקיעו, וגם הסברא מוכרחת כן, ונמצא לפ"ז דהיכא דיש לו ק"פ ויש לאל ידו להפקיע ולמוכרו לגמרי, ולא מכרו והלך הבעל שיש לו קה"ג לחוד ומכרו לאחרים ומת טרם שבא הק"פ לידו, אזי גם לר"ל דפסקינן כוותיה לא קנה הלוקח ונתרוקן קנינו לגמרי, כמו לר' יוחנן היכא דמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב, דמידי טעמא דר"ל דפליג עליו משום דקסבר דקנין הפירות לאו כקה"ג דמי, ובכל כה"ג דיכול להפקיע לגמרי גם לר"ל כקנין הגוף דמי, ונמצא מעתה דלא מיבעיא היכא שהיא נשאת תחלה ואח"כ הלוה בעלה לאחיו, [ועיין תוס' כתובות דף י"ט תוך ד"ה וכגון בשם הי"מ] דהיא לא מצית למיגבי מיבם ע"י קנין שקנתה למפרע שהרי בשעה שנשאת עודנו לא קנה בעלה נכסי אחיו, ובכל כי האי גם לאביי אינו גובה רק מחמת שיעבודא כמו בכל דאיקני דעלמא, [אי לאו דר"נ ועיין בש"ך ס"ס פ"ה], ואף אם נשה באחיו תחלה ואח"כ נשאה ונמצא דקנינו שהיה לבעלה חזר ומכרם לה בכתובתה מ"מ הרי כבר נפקע קנינה דגם לאביי דס"ל למה"ג לית ליה למלוה למפרע אלא קה"ג לחוד שהרי הפירות של לוה הם עד דגביא ליה, והכא במטלטלין דאם מכרם אינו יכול לטרוף, הרי שיכול הלוה להפקיע לגמרי, ובכה"ג גם לדידן קנין הפירות דלוה כקה"ג דמי, ונמצא בנידון זה שחזר הבעל ומכרם לה ומת הבעל כבר נפסק קנינה לגמרי כמו במכר הבן ומת הבן, כיון דלא מטא לידו ק"פ בחייו אזי נפסק קה"ג ונפקע לגמרי מיד הלוקח, ונמצא דלא מצית למיטרף רק מכח שיעבודא ולהכי שפיר מצטרכינן התם לדר' נתן:

אבל משום דינא דראוי כבר נסתלק בזה לאביי דסוף סוף כשתגבה היא ע"י שיעבודא דידה כבר קנה המת למפרע והיה כמוחזק בחייו וכבר בארנו דלענין למפרע אזלינן בתר סופו ודינן תחילתו כסופו:

ג **ובהגלות** כזאת יתיישב במרווח קושי' מהרש"א בסוגי' דהרהינו פסחים [ל"א] שהקשה לס"ד דש"ס דהא דתנן בעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה משום דלמפרע גובה אף במטלטלין, וא"כ אף ביתומים שגבו מטלטלין נמי. ותירוצו אינו מובן כל הצורך, [וגם בקושייתו צריכין לומר דקשי' ליה על טרם שגבו יתמי יגבה המלוה ראשון מלוה השני כיון דקנינו אלו, וסוף סוף יבוא לידי גבייה, ומש"ס משמע להדיא דאינו יכול לגבות אפי' מן השני, אבל לאחר שגבו יתמי לא קשה מידי שהרי גם אביי מודה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדא לבע"ח שהרי מתניתין היא (ב"מ דף קט"ו) אם משכנו למה מחזירין וכו' ולא יעשה מטלטלין אצל בניו], ונראה דבל"ז צריכין להבין דאמאי אינו עובר בנכרי שהלוה לישראל משום דלמפרע ה"ג הרי המלוה לא קנה למפרע רק קה"ג לחוד, ועודנה נשאר ביד ישראל קנין הפירות, ובמטלטלין דיכול למוכרם ולהפקיע לגמרי אזי לכ"ע קה"פ כקה"ג דמי והוא עיקר הקנין, וכמ"ש באות הקודם, [ועמ"ש בהגהות והערות ליישב קושי' זאת ע"פ סברת רשב"א ב"ק דף מ"ט ע"ב עיי"ש], אכן בחמץ שאני כיון שהוא ראוי לאכילה וקנין פירות שלו עומד לגמרי נגד קנין הגוף ונגד זה עצמו אמרינן למפרע גובה, דבשלמא בשאר מטלטלין דקה"פ הוא דבר הנפרד מקנין הגוף שהרי יכול להשתמש בו והקנין הגוף דאידך ישאר במצבו אזי במקום שיש גם ביכלתו להפקיע לגמרי אזי הק"פ שלו הוא עיקר הקנין והקה"ג בטל בקליפותו, אבל במקום דלית ליה קה"פ באופן אחר רק שיכול לכלות את קה"ג דאידך לא שייך תו לומר שהוא עיקר הקנין, שהרי ע"ז אנו דנין ואמרינן למפרע גובה, אבל מ"מ קשי' כיון דסוף סוף יש לו קצת קנין בגויה לא גרע מחיוב אחריות דעובר עליו, אכן הן הן הדברים אשר הצגנו ליסוד מוסד בזית רענן ח"ר בדיני דעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו [דף כ"ט אות ג'] דלאביי איירי מתניתין באפותיקי מפורש דשוב לית ליה קנין בגויה לכלותו לגמרי שהרי יזיק שיעבודא דאידך וקנין פירות באופן אחר לא משכחת לן בדבר אוכל, אבל לגבי בע"ח אם עשאו אפותיקי הרי לקושטא לית לן ביה משום מטלטלין דיתמי, שהרי אפי' כשכותב לו מטלטלי ומקרקעי לא הוי מטלטלי דיתמי, וכ"מ ברמב"ם פרק י"א מהלכות מלוה הלכה י"א ובמ"מ ובכ"מ שם, וברשב"א בסוגיא דפרה וטלית, [ומעתה תו לא מצטרכינן לחלק בין קנין פירות היכא שקה"ג נשאר בהווייתו לבין היכא שמכלה לגמרי גם את הקה"ג שהרי לא הוכרחנו לכלל זה אלא כי היכי דלא תיקשי מחמץ דס"ל לש"ס דלאביי מותר לגמרי בעכו"ם שהלוה לישראל, ומעתה כיון דעודנה לא יתיישב היטב דסוף סוף יש לו לישראל קנין בגוי', וצ"ל דאיירי באפותיקי מפורש, ובאפותיקי מפורש פקע קנינו כיון דבדבר אוכל לא משכחת לן ק"פ, רק היכא דמיכליא קרנא ובזה יזיק שיעבודא דאידך, וכבר יצא מכלל גדר קנין שאין זה בכלל קנין במאי דמזיק לאידך], ומיושב שפיר קושיי' המהרש"א הנ"ל, דלגבי מטלטלין ממנ"פ אם ראובן הלוה לשמעון תחילה ואח"כ הלוה שמעון ללוי ומת שמעון דאזי לא שייך דינו דלמפרע ובגדר קנין כיון שעודנו לא קנה הלוה את מטלטלין דלוי בשעה שהלוה ראובן לשמעון, ואם הלוה שמעון תחילה ללוי ואח"כ לוה מראובן שאז גם ראובן קנה את המטלטלין מ"מ כיון שקנין

שקנין

שקנין פירות שיש לו ללוי עודנו לא בא לידי שמעון בחייו והרי זה בכלל מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה הלוקח, ואף לדידן דפסקינן קה"פ לאו כקה"ג דמי הרי כבר באמרנו דהיכא שיכול להפקיע ולמוכרו אזי קה"פ כקה"ג דמי לכ"ע, ובמטלטלי דיכול למוכרם לכ"ע אזי כבר נפקע קנינו דראובן ותו אינו יכול לטרוף רק מכח שיעבוד לחוד כמו בכל דאקני דעלמא, ומש"ה אינו יכול לגבות אף מלוי בתורת שיעבוד, חדא דלאביי דלא צריך לדרבי נתן יכול לומר לאו בעל דברים דידי את, ועוד דלא עדיף ממסקנא לרבא כמבואר בתוס' פסחים בד"ה משתעבדנא ובמהרש"א שם:

ד **ולולא** דמסתפינא איפשר לומר [ביישוב דברי הרמב"ן הנ"ל] דגם אביי מודה בכתובה וכדומה דאיכא לספוקי בעיקר הגבייה דלא קנה למפרע ואינו גובה אלא מכח שיעבודא לחוד כמו לרבא, וטעמא דמילתא דדוקא היכא שהגבייה הוא בהחלט רק שאינו מבורר לפנינו במאי שיגבהו, בזה ס"ל לאביי דקנה למפרע דכיון שעיקר הדבר מבורר רק הפרטים מסופקים עדיין ועומדים להתברר בכל כה"ג ס"ל לאביי דיש ברירה ודומה קצת לדברי ר' אליעזר בן יעקב בריש פרק השותפין, וקצת ראיה לזה דהרי ביאוש שלא מדעת ס"ל לאביי דל"א איגלאי מילתא למפרע, אף דיאוש ממילא קא אתי' דהרי בדבר שאין בו סימן איירי, ומכל שכן גבי קנין גמור דמילתא אלימתא היא, אלא ודאי משום דבכל מלוה דעלמא דבוודאי יבוא לכלל גבייה רק דמספקא לן מאיזה דבר יגבה, משום הכי ס"ל לאביי דיש ברירה בכה"ג. אבל גבי יאוש דמספקא לן בעיקר מילתא דהולי לא יתייאש בפירוש מש"ה ס"ל דאין ברירה, ובזה יתיישבו דברי הרמב"ן הנ"ל דלגבי אחיו לא הוי ראוי שהרי כבר היה מוחזק בחייו לאביי דס"ל למה"ג, משא"כ לגבי דידה דאתיא מכח כתובתה דלא שייך למפרע ולהכי צריכה לדר"נ, ובחידושינו לסוגיא דיאוש שלא מדעת [הנדפס בזית רענן חלק ראשון דף פ"ב] הארכנו בזה, וכבר התעורר בזה רבינו הגדול הראב"ד ז"ל מובא בש"מ שם. וז"ל, הך פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת קשי' ליה דשיכא ליה בברירה ואין ברירה, וליפלגו בעלמא, אלא שיש למבין להפליגו מענין ברירה עכ"ל הטהור והצריך לעניננו מאשר פירשנו דדברי אביי דס"ל דלא הוי יאוש מובדל מברירה דעלמא, דדמי להא דאיתא בריש פרק כילד משתתפין, הודיעוהו ולא הודיעוהו קתני יעו"ש, וה"נ כיון דלא ידע שנפל ממנו ל"ש כלל לברירה דעלמא, דמספקא ליה מיהת מעיקרא ולא הוברר הדבר אז, ולפ"ז לא קשה מהא דס"ל למפרע הוא גובה:

ה **ועוד** נראה לתרץ דברי רמב"ן הנ"ל בפשטא, דיש להבין דאיך איפשר לומר דהתם גבי נושה באחיו, שהוא משום למפרע הוא גובה, הרי סותר דברי עצמו שכתב בפרק כל שעה בסוגיא דהרהינו, דגבי מטלטלין ל"ש למה"ג לפי שיכול למוכרם רק בדכתב ליה מטלטלי אגב קרקע, או משום דהתם גבי חמץ שהוא רק מילתא דאיסורא דרבנן אזלינן בתר דינא דאורייתא, והתם לא איירי בהכי מדקאמר כר' מאיר דמטלטלין משתעבדי לכתובה, ובדכתב לה מטלטלין ומקרקע משתעבדא גם לרבנן אפי' בלא אגב גם לענין כתובה דרבנן, [והתם אזלא השו"ס דס"ם למ"ד כתובה דרבנן, כפי' רש"י שם תד"ה אלא], פשיטא דאזלינן בתר דינא דרבנן, [ועיין ב"ב דף קע"ה בסוגיא דשד"א] דלענין ראוי אזלינן בתר דינא דאורייתא, ומש"ה אי גבו קרקע שלו בלתי איפשר לומר כן, רק למ"ד שיעבודא דאורייתא, ומהאי טעמא קשי' לרבה [וכ"מ בש"מ ב"ב דף קכ"ד ע"ב ד"ה א"ל בשם הרמב"ן ראיה זאת, דלגבי ראוי אזלינן בתר דינא דאורייתא], זהו מילתא אחריתא בהיפוך, דא"א להחשיבו מוחזק רק ע"י שיעבודא דאורייתא דאלים. אבל לא להחשיבו מוחזק במילתא שהפקיעו חכמים לשיעבודא דיליה, וגם אפי' אם תמצא לומר שגם בזה אזלינן בתר דינא דאורייתא, זהו רק לגבי יורש מדאורייתא. אבל לענין כתובה דרבנן פשיטא דאזלינן בתר דינא דרבנן כדי לאוקמי אדאורייתא דהם אמרו והם אמרו. איברא דשייטי דברי הרמב"ן הכי אזדא למעיין היטב בדברי קדשו דחזינן דכמה אמוראי סברי דמלוה מוחזקת היא לגבי בכור הגם דסברי כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה, מ"מ לענין ראוי בעילה כל דהו מחשבינן ליה כמוחזק משום דלא דמי לעיקר ראוי דקרא דמיירי כשבא לגמרי לאחר מיתה כירושה ושבח לרבנן, ואביי דהוא מרא דשמעתא הכי ס"ל, כוונתו דחשיב כמוחזק דהכי דגבי מטלטלין ל"ש לומר למה"ג והם כשלו לכל דבר ומכירתו והקדישו דמלוה לא מהני אפי' לאביי כשלא כתב לו מטלטלין אגב מקרקע

מ"מ מפקיע ליה מיהת מידי ראוי [ולהכי לא הזכיר הרמב"ן בפירוש דאביי לטעמי' דס"ל למה"ג, רק הקצה"ח הוא שהוסיף כן], וזהו כעין סברת התוס' בכמה מקומות לענין משכון כיון דשלא בשעת הלוואתו קנה קנין גמור, גם בשעת הלוואה אלים שיעבודא לענין שמיטה וחמץ, והשתא תו לא קשה מידי קושי' הקצה"ח דלאביי לא צריך לדר' נתן כדאיתא בפסחים, דהתם שאני דגבי קרקע חשיב כשלו לגמרי לכל דבר ומש"ה מצי תבעו ליה ביד מי שמלאו, משא"כ גבי מטלטלין דנהי דחשיב כמוחזק ביד המלוה לענין ראוי אכתי מצי הלוה לומר למלוה השני לאו בעל דברים דידי את אי לאו דרבי נתן:

ו **עיין** ברמב"ן במלחמות ה' פרק יש נוחלין בעובדא דסבתא בבא בתרא [דף קכ"ה ע"ב] דס"ל להרי"ף דהיכא דאמר בפירוש מעכשיו לא הוי ראוי לגבי בעל, והבעל המאור חולק עליו בזה, וז"ל שם בתוד"ה ורבא דמפרש טעמא דבני מערבא דאליבא דכפשי' ס"ל כל היכא דאי קדים וזבין זבינה זביני, לאו מוחזק הוא אלא ראוי הילכך אע"ג דאמר מעכשיו נמי ראוי הוא, ובמלחמות שם ס"ל כדעת הרי"ף, וז"ל שם ועוד למה אין הבעל יורשה דכיון שמתה סבתא ולא מכרה איגלאי מילתא דמשעת מתנה קנתה ומוחזק הוא אע"פ שהיתה יכולה למכור שאפי' פירש לו כדבריך ואמר כשתרד בנכסים שייר לך ראשון קנה מהיום מוחזק הוא עכ"ל, וזה בימי חורפי אמרתי בזה דבר מתקבל למביני מדע, הקשיתי על דברי הרמב"ן דס"ל דאע"פ שיכולה למכור כיון דלא מכרה סוף סוף קנה השני מעכשיו ולא הוי ראוי לגבי בעל היכא דאמר בפירוש מעכשיו, מסוגיא דסוף פרק השולח [גיטין ד' מ"ח] גבי פלוגתא דר' יוחנן ור"ל לקיש, אם קנין הפירות כקנין הגוף דמי, ואמר רבא מתניתא מסייע לר"ל לקיש דתניא בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל, ועיי"ש בפירוש רש"י דמזה נשמע דקנין הפירות לאו כקנין הגוף, ועיין בבא בתרא [ד' קל"ו ע"ב קל"ז ע"א] דאאריך שאני, והוא לרשב"ג דפסקינן כוותיה דראשון יכול למכור משום דמליאכא דאאריך נשמע דאלים ליה לקנין פירות דראשון שיהיה כקנין הגוף לכולי עלמא, ואפי' לר"ל לקיש, עיי"ש היטב בפי' הרשב"ם בד"ה אאריך שאני, שם קל"ז ע"א בד"ה דתניא וכו', והשתא דגבי שדה החוזרת ביובל דנשאר קנין הגוף אצל המוכר מתחילה ועד סוף ולא יצא מרשותו כלל ואלים קנינו, והלוקח קנה קנין הפירות ואין ביכלתו להפקיע קנין הגוף של המוכר, ואפ"ה הסברא פשוטה לגמרא דלמ"ד דקנין הפירות כקנין הגוף הוי ראוי, מכ"ש גבי אאריך שהשני לא קנה רק קנין הגוף לחוד מן הנותן [עי' בתוס' פסחים (ד' ו'.) ד"ה התם וכו' בתירוצם שם], והראשון קנה קנין הפירות דאלימי לכ"ע כקנין הגוף, וגם ביכלתו לסלק זכותו דשני לגמרי, פשיטא דהוי ראוי דמה בכך שלא מכרו הראשון סוף סוף לא זכתה ברתא בחייה אלא בקנין הגוף לחוד שהיא מילתא דקלישתא נגד קנין הפירות דראשון דאלים כקנין הגוף וזו קושיא עצומה:

ז **ותירצתי** קושיא זו בדרך מרווח ומוכרח, עיין ב"ב [ד' קכ"ד] דגבי בכורה איכא תרי מיעוטי לראוי א' מדכתיב בכל אשר ימצא לו, וגם מדכתיב לתת לו מתנה קריא רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידיה וז"ל הרשב"ם שם בד"ה עד דמטי' לידיה דנותן ואינו יכול ליתנו לאחרים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל, ואפי' לר' מאיר דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, זהו היכא דמטא לידיה מחיים כמבואר בש"ס לקמן [ד' קכ"ז ע"ב] דאפילו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס מודה ר' מאיר, ומשום מיעוטא דלתת ואמרינן דמתנה קרי' רחמנא קסברי רבנן דאין בכור נוטל בשבח ששבחו נכסים ממילא, ובשיטה מקובלת שם [ד' קכ"ד ד"ה עד] מבואר פירושו משום דבעינן שיהא ביכלתו לתת כל דבר ודבר בפני עצמו ומשום הכי אינו נוטל בשבח, אע"ג דיכול ליתן לאחרים אגב השדה דכיון שהקרקע קנויה בידו אזי גם השבח קנוי לו מאליו, אכן גזירת הכתוב הוא דבעינן שכל פרט ופרט בפני עצמו יהיה ביד האב לתת לו במתנה גמורה בקנין גמור, [ובזה יתיישב מאי דקשה להפוסקים דסבירי להו מכירת שטרות דאורייתא מאי מקשה הש"ס שם ע"ב השתא שבחא דאיתא ברשותי' אמרי רבנן דלא שקיל, מלוה מיבעיא, שהרי הא דלא שקיל בשבחא הוא מפני שאינו ראוי לתת לו, אבל במלוה בשטר דראוי לתת לו הוה אמינא דשקיל, קמ"ל דמ"מ כיון דמחוסר גוביינא אינו מצוי בידו, ולא מיקרי אשר ימצא לו, ועיין בש"מ שם. איברא לפי הנ"ל ניחא דמידי טעמא דמכירת שטרות דאורייתא אלא מפני שמוכר לו השטר לשיעבודא דאית ביה אבל המלוה בפני

עלמה

שמה אינה ראויה לתת], ועיין ברשב"ם [דף קכ"ה ע"ב] ד"ה אמר רב פפא וכו' וז"ל דודאי הבעל נוטל [בשבח] דהכי דפליגי רבנן גבי בכור דהתם היינו טעמא כדאמרן לעיל לתת לו מתנה קרי' רחמנא אבל גבי בעל ליכא למימר הכי עכ"ל, וכן הוא בנמוקי יוסף שם, הרי להדיא דלגבי בעל לא הוי ראוי אלא ראוי גמורה דאיתמעט לגבי בכור מאשר ימצא לו אבל מאי דאיתמעט מקרא דלתת לו הוא רק לגבי בכור ולא לגבי בעל :

ולפ"ז מתורץ על נכון קושיא הנ"ל, דהרמב"ן ס"ל כיון דאשתו זכתה בחיי' בקנין הגוף למפרע תו לא הוי ראוי לגבי בעל, הגם דקנין הפירות דראשון כקנין הגוף דמי מ"מ כבר היה מלוי אפס מנהו בחיי'. אבל גבי בכור דבעינן שיהא ראוי לתת שפיר הקשה רבא לר' יוחנן דס"ל קנין הפירות כקנין הגוף, ומשום האי טעמא ס"ל דאם מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה לוקח, משום דלא מטא לידיה דמוכר קנין הפירות בחייו, א"כ גם בשדה החוזרת ביובל אינו ראוי לתת שהרי אם נתנו אביו לאחרים קודם מותו בעוד שלא הגיע היובל, שלא היה לו אלא קנין הגוף לחוד, ואח"כ מת ועוד לא הגיע לידו קנין הפירות בשעה שמת, הרי לר' יוחנן לא קנה הלוקח, א"כ לא יטול ג"כ פי שנים כיון דאי איפשר בתורת הקנאה, והתורה אמרה דכל היכא דאי איפשר בהקנאה הוי ראוי לגבי בכור, אבל הרמב"ן דמיירי לגבי בעל דלא שייך גביה משום מתנה ס"ל דלא הוי ראוי כיון דזכתה מעכשיו בקנין הגוף, ואין להקשות דהא בזמן שהיובל נוהג אין ראוי להת את קנין הגוף שלו לאחרים שהרי אם מכרו אינו מכור, שמקרא מלא דיבר הכתוב [ויקרא כ"ה פסוק כ"ג] והארץ לא תמכר לצמיתות, ופירושו דלא מהני מכירתו, כמ"ש הרמב"ם ריש פרק י"א מהלכות שמיטה ויובל, וכל קנין לזמן קנין פירות מיקרי, כמבואר בר"ן נדרים [דף כ"ט] כאשר עמד בזה להשיב על דברי אחד מגדולי זמנינו שליט"א, דז"א דא"כ אף בנכסים שיש לו לגמרי תיקשי דאינו ראוי לתת, שהרי אינו יכול לתת לאחרים רק קנין הפירות לחוד, והבכור נוטל פי שנים גם בקנין הגוף שחלק בכורה אינו חוזר ביובל, אלא ודאי בע"כ כיון דכתב רחמנא לתת לו פי שנים ומקשינן חלק בכורה לחלק פשוט דאינו חוזר ביובל כדאיתא בבכורות [דף נ"ב:] גלי לן דאף דבעינן שיהיה ראוי לתת, אכן מצות יובל לחוד אינו חולץ ומגרע אפס דבר לגבי בכור, וכיון דראוי לתת לולא מצות יובל שפיר דמי, הא למה הדבר דומה כאילו היה אחד מבתי ערי חומה דאינו חוזר ביובל, וראוי לתת לאחרים גם את קנין הגוף, אכן הוכחת הש"ס משדה החוזרת ביובל כיון שכבר מכרו ואין לו רק קנין הגוף לחוד ולר' יוחנן דאית ליה קנין הפירות כקנין הגוף דמי שוב אינו ראוי לתת עתה אפי' בדבר שאין היובל נוהג, ועוד שגם בל"ז ניחא למבואר במשנה למלך שם בשם הירושלמי דבזמן שהיובל נוהג אין הלוקח יכול לחפור ולבנות בלא רשות המוכר דלא קנה רק הפירות לחוד, והשתא לריש לקיש הרי ראוי לתת לאחרים בתוך הזמן לבנות ולהרוס, וכשיגיע היובל יזכה גם בקנין הפירות :

ח ועו"פ דברינו יתורץ ג"כ מה ששמעתי להקשות בשם הספרי יהושע דמאי קשי' ליה לאביי [ב"ב דף קכ"ה] על רבה דגבה קרקע יש לו, מהאי דסבתא דהא לאביי דס"ל למפרע הוא גובה ניחא דלא הוי ראוי משום דלמפרע זכה בהן אביהם כדאמרינן בפסחים [דף ל"א] דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה מהם"ע :

איברא לדברינו הנ"ל מתורץ היטב, דניחזי אכן לאביי דס"ל למפרע ה"ג מ"מ לא קנה למפרע רק קנין הגוף לחוד, אבל קנין הפירות קנוים ביד הלוה עד שעת הגבייה [כמ"ש לעיל אות ב' ג'] ולפ"ז אפי' לדידן דפסקינן קה"פ לאו כקנין הגוף דמי, ומכר הבן וכו' קנה הלוקח, זהו דוקא היכא דאי איפשר להפקיע קנינו של אידך כמו התם גבי בן דאי איפשר לאביו להפקיע לגמרי את קנין הגוף שקנוי ביד בנו, אבל גבי לוה דאיפשר לו למוכרו ולסלקו בדמים, אזי בקנין פירות כזה לכ"ע כקה"ג דמי כמו גבי אחריך [מובא לעיל שם] וכיון שכן שפיר הקשה אביי אפי' לטעמא דידיה שהרי אם נתנו אביהם את הקרקע קודם מותו לאחרים ואח"כ הוא מת, א"כ לא קנה הלוקח ה"ה נמי גבי בכור לא יטול פי שנים כיון דאינו ראוי לתת, אבל גבי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דנהי דאינו קנוי ביד בע"ח השני, מ"מ כיון דקנוי מיהת ביד אביהם שפיר בעל חוב חוזר וגובה מהם משום שיעבוד לחוד, דמי לא מודה אביי שגם משום שיעבוד לחוד יש בו דין גבייה אע"ג דלא איפשר משום קנין :

סימן פא

בדיני דשאלה ושכורה

[בב"מ דף ל"ז ודף ל"ח]

בעזה"י חורף שנת ת"ר לפ"ק דאברי יע"א ·

א עיון במתניתין זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השוכר שכורה מתה, ומפרש בגמרא ע"י גלגול דכדרכה מתה .

ולכאורה קשה לדעת הפוסקים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה רק בשבועת שומרים לא אמרינן מיגו משום דמאינו מעיז למעיז ל"מ מיגו לאפטורי משבועה, א"כ ליהמניה דכדרכה מתה במיגו דלהד"מ או החזרתי, שגם עתה חבירו מכיר בשקרו כיון שהלה אומר שאולה מתה, וכל הפוסקים וכן בש"ע פסקינן בהמתא דישבע, משמע אפי' דאפקיד ליה שלא בשטר, ואחד מתלמידים הראה לי שבעל המחבר בית שמואל אחרון הכריע ממתניתין כדעת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה . אמנם נראה דלא קשה מידי, דהנה העזה לא מיקרי אלא כשחבירו מכיר בשקרו וגם שבטענה זו יתלה כפירתו, דהיינו הענין אשר יתווכחו עליו, אבל היכא שאין הענין תלוי בטענה זו אשר חבירו מכיר בו ומכחישו אין זה העזה כלל, ולא אמרינן מיגו מטענה זו לטענה שחבירו יכיר בשקרו, וגם כפירת הענין יתלה בטענה שיטעון, הגע בעצמך באם הבעלים טוענים ש"ש אתה והלה אומר שומר חנם אני אבל כדרכה מתה, היעלה על הדעת שיפטור משבוע' במיגו דלהד"מ כיון שגם עתה חבירו מכחישו, דסוף סוף הוי מיגו דהעזה כיון שאין כפירת ממון מיתלא תלוי בטענה זו שטוען עכשיו, ובטענה שיטעון יכפור לנגדו בדבר שחבירו מכיר בו, ולפי זה הכי נמי בנידון דידן בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה אין להאמינו דכדרכה מתה ע"י מיגו, דהא כאשר נאמר דמשקר בזה רק ע"י פשיעתו מתה, נמצא דליכא נפקותא אם שאולה היתה או שכורה, דבין כך ובין כך מחוייב לשלם, א"כ תו לית ליה מיגו דלהד"מ, דהא בטענתו שטוען דשכורה מתה ליכא נפקותא לדבר שבממון כיון דנקטינן דמתה בפשיעה, אבל כשיטעון להד"מ העיקר כפירת ממון יתלה בטענה, שיעיז ויכפור לו [ועמ"ש לעיל סימן נ"ז אות י'], ואין להקשות דאכתי מיהת יפטור על הגלגול דשכורה מתה במיגו דלהד"מ, דהא כיון דלא מהני המיגו לפוטרו על העיקר שבועה מטעם שכתבנו ונתחייב לישבע על העיקר שוב לא מהני מידי המיגו שיש לו על הגלגול, שהרי אילו נתחייב לישבע שבועה דאורייתא מצד אחר אזי לא מהני המיגו שעל הגלגול, שהרי גם כשיטעון להד"מ יתחייב לישבע ע"י גלגול, וכשתשקול הדבר במאזני הצדק תבין שגם בנידון דידן בפרה זו עלמה נמי, כיון דסוף סוף נסתלק המיגו מעל העיקר [ועיין בהשמטות] :

ובעיקר הקושיא הנ"ל ליכא לתרץ דמתני' איירי בשטר, דא"כ תיקשי במליעתא דשוכר טוען ברי ומשאיל טוען שמא דפטור, לפי דברי התוס' פרק המניח [דף ל"ה:] ד"ה מדסיפא, דהיכא דמודה במקלת סבירא ליה לסומכוס יחלוקו אף בברי ושמא אם הברי גרוע והשמא טוב, ואמאי פטור במליעתא נימא יחלוקו, ואף דלרב הונא ור"י מוקמי המתניתין כפשטא בלא עסק שבועה מ"מ הוי הודאה במקלת, דהא מחוייב להחזיר העור והנבילה למשאיל, והא דמקשה בגמרא לשיטתם מה שטענו לא הודה לו ואמאי ישבע, היינו משום דהוי הילך, אבל לענין דרבא דממונא לסומכוס לית לן ביה, דהוי כעין מודה במקלת, ולהכי יחלוקו אף בברי ושמא, וצריך לומר כמש"ל [באות ג'] דהכא שאני דאית ליה להשוכר מיגו דלהד"מ, דמתניתין מיירי בדליכא עדים, אבל בפרק המניח דאיירי בקנס בעל כרחו צ"ל דאיכא עדים, עיין לקמן, והא תינח אי מתניתין איירי שלא בשטר שפיר אית ליה מיגו, אבל אי נימא בשטר הדרא הקושיא לדוכתא נימא במליעתא יחלוקו, דהא ליכא מיגו, [ובתפארת ירושלים ב"מ אות ס"ט כתבנו עוד בזה] :

ב דברי נמוקי יוסף תמוהים, במה שמוכיח מסיפא היכא שתובע

טוען

טוען שמא על הגלגולים לא אמרינן מתוך, מדקתני זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, דהא כמו דמוקי רישא ומציעתא בדאיכא עדים שמתה כדרכה וליכא עיקר שבועה, הכי נמי בסיפא, וכן הקשה בלחם משנה [פרק ג' מהלכות שאלה הלכה ד'], עוד הקשה בגידולי תרומה [שער ל"ח חלק א' דין ב'] דהא לדבריו כיון דקתני ומתה איירי בדאיכא עדים, שלשון זה מוכיח שנתברר לנו שמתה, א"כ אמאי קתני ישבע השוכר, דהא כולה בבא על מציאות דרישא קאי, גם בדברי הר"ן בקידושין [דף כ"ז] ובשבועות תמוהים, שמביא ראיה ממציעתא דאף על טענת שמא של תובע מגלגלין, ודבריו הקדושים מרפסין איגרא, דהא בפשטות מוכח להיפוך דבטענת שמא אין מגלגלין, דאם לא כן אמאי קתני פטור הא מחוייב לישבע ע"י גלגול, כמו שהקשו בתוס' ד"ה ביום, ונהי דאיכא למידחי דאיירי במאמינו וליכא עיקר שבועה, אבל להיפוך לא מוכח מידי:

ונראה לפי עכ"ד דהא בודאי אף לדעת הרשב"א והנמוקי יוסף דסבירי להו דמגלגלין אף בטענת ספק של תובע, זהו אליבא דידן דפסקינן ברי ושמא לאו ברי עדיף ואין בכחו של הברי לפוטרו משבועה, אבל לרב הונא ור"י דסבירי להו ברי ושמא ברי עדיף נראה דאינו צריך לישבע, דהא ברי ושמא לדידהו עדיפא ממיגו, דהרי מיגו להוציא לא אמרינן, וברי ושמא מועיל אף להוציא, וכיון דמיגו מהני לפוטרו מגלגול [כמבואר בתוס' שהקשו היאך מגלגלין לעולם הא אית ליה מיגו דאיני יודע], מכל שכן דברי ושמא מהני לפוטרו מגלגול, וכן יש להוכיח קצת כיון דברי ושמא לדידהו עדיף מעד אחד דלא מהני להוציא ממון, ולענין שבועה מועיל, מכל שכן דברי ושמא מהני לפוטרו משבועה, והא דשבועת שומרים מחוייב לישבע אף שהלה אינו יודע, הוא מטעמא אחרינא דהוי ברי גרוע ושמא טוב, ואף לאביי דס"ל אף בברי גרוע ושמא טוב דברי עדיף, כמו שכתבו תוס' ד"ה רב הונא, הוא דוקא כגון בזה אחי דלא הוה ליה למידע, אבל מ"מ איפשר דידע, אבל בשומרים שגם השומר מודה שהבעלים אינם יודעים מאומה מזה, מודה בברי גרוע ושמא טוב, כמו שמחלק הש"ך [סי' ע"ב ס"ק כ"א] לענין מתוך:

ועוד נקדים מה שצריכים לפרש דבריהם, דמפרשים מדקתני ומתה דמיירי בדאיכא עדים שלשון זה מוכיח שידוע לנו שמתה, עדיין יש לומר דילמא פשע ביה תחלה במיתתה, אך דהוכל לומר שגם זה נתברר לנו בבירור גמור שלא פשע במיתתה מתחלה, ולפי זה יתיישב רהיטת הסוגיא על נכון, דבשלמא לרב הונא ור"י דס"ל ברי ושמא ברי עדיף איכא לאוקמא כולה מתניתין בחדא גוונא, דהיינו שלא נתברר לנו אם מתה בפשיעה מתחלתו אם לאו, ולהכי בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע, [וכ"מ בנתיבות המשפט (סי' רצ"ד ס"ק ב') שזהו גם כן עיקר שבועה, והוא בכלל דאינו ברשותו], כיון שעדיין לא נתברר לנו אם פשע בזה מתחלתו, ואעפ"כ במציעתא כשאומר ברי שמכורה מתה והלה טוען איני יודע פטור משבועה, אף דגם בטענת ספק של תובע מגלגלין, כיון דלרב הונא ור"י מהני ברי ושמא להוציא ממון מכ"ש דמהני לפוטרו מגלגול כנ"ל, אבל לרב נחמן ור"י דסבירי להו ברי ושמא לאו ברי עדיף, קשיא ממנ"פ אי מיירי היכא דאיכא עדים דמתה ע"י אונס גמור ולא פשע בה מתחלתו, ולהכי במציעתא אינו צריך לישבע, קשיא רישא דקתני חייב, וגם בסיפא בזה אומר שאולה וז"א שכורה ישבע, ואי דליכא עדים אם פשע מתחלתו אם לא, תינח רישא דחייב ע"י מתוך שאינו יכול לישבע ע"י גלגול, דהכי סבירי להו להרשב"א וכמו"י דע"י גלגול אמרינן מתוך, וכן בסיפא גם כן שפיר דקתני ישבע, אבל קשיא מציעתא כיון דס"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף א"כ גם בטענת ספק של תובע מגלגלין, ואמאי קתני פטור דמשמע לשיטתם דפטור לגמרי, עיין שם בדבריהם שמפני זה חידשו דאיירי במתה ע"י עדים. אמנם זהו לפי המסקנא דמשני בדאיכא עסק שבועה ביניהם, ובזה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע מחמת מודה במקצת, א"כ כולה מתניתין איירי בדאיכא עדים שלא פשע כלום, ולפי זה דברי הר"ן ברורים כשמש כיון דכל הקושי' של הש"ס ממציעתא קאי, דהא מרישא לחוד לא קשה, דאיכא למימר דליכא עדים אם לא פשע מתחלתו ומחוייב לשלם מחמת מתוך שאין יכול לישבע על ידי גלגול, כדסבירי להו לדעת הרמב"ן והרשב"א והנמו"י, אך קושיי' הש"ס אזלא מכח ממה נפשך, דא"כ קשיא מציעתא כנ"ל, הרי מוכח להדיא דאף בטענת ספק של תובע מגלגלין, ודברי הנמוקי יוסף ג"כ נכונים, דהא לרב הונא ור"י דלא איירי בעסק שבועה כמפורש להדיא ברש"י ד"ה מה שטענו, א"כ בעל כרחו איירי בדליכא עדים אם לא פשע מתחלתו מדקתני ישבע, ואעפ"כ במציעתא פטור לגמרי, דהא בזה אומר שכורה מתה והלה אינו יודע דהוי ברי טוב ושמא גרוע, אין צריך לישבע לרב הונא ור"י דסבירי להו דמהני ברי ושמא אף להוציא ממון, מכ"ש דמהני לפוטרו מגלגול שבועה, אבל בסיפא דקתני יחלוקו אכולה בבא אף בשאלה היום וכו' דהוי ברי גרוע ושמא טוב, דהא לא הוי ליה למידע מתי מתה, א"כ קשה אמאי לא ישלם לגמרי, דהא אם טוען ברי דבשעה שהיתה שכורה מתה, היה מחוייב לישבע כמו בכל שבועת שומרים דצריך לישבע מדאורייתא אף למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף, והוא מטעם דהוי ברי גרוע ושמא טוב, הכי נמי בסיפא ישלם לגמרי כיון דאינו יכול לישבע, דבשלמא כשטוען איני יודע אם שאולה או שכורה שפיר תני יחלוקו, ואינו מחוייב לשלם כולו ע"י מתוך, דהא כשטוען ברי אינו צריך לישבע לרב הונא ור"י, דהוי ברי טוב ושמא גרוע, אבל באיני יודע אם ביום או בשעה שהיתה שאולה ישלם לגמרי, אלא ודאי כשתובע טוען שמא לא אמרינן מתוך שאין יכול לישבע משלם, על הגלגולים, ואף שהנמוקי יוסף מתרץ לרישא ומציעתא בדאיכא עדים, זהו לרב נחמן ור' יוחנן דמוקי לה בעסק שבועה, אבל לרב הונא ורב יהודה על כרחו איירי בדליכא עדים, דאם לא כן קשיא סיפא אמאי ישבע, כקושיית הגידולי תרומה הנ"ל, ועיין:

ג **באופן** אחר נראה ליישב דברי הר"ן הנ"ל, במה שמוכיח מן מציעתא דאף בטענת ספק של תובע מגלגלין, על פי המבואר בשיטה מקובלת דכמה רבוותא סברי דמציעתא קאי רק לפוטרו מחיוב ממון אפי' לסומכוס, אבל מחוייב לישבע ע"י גלגול אפי' בטענת ספק של תובע, והוסיף הר"ן תת כחו להוכיח, דבעל כרחו צריך לומר כן דפטורא דמציעתא לא קאי רק על לד חיוב ממון, דאי לא תימא הכי קשיא מסוף פרק המניח [דף ל"ה:] דמוכח משם דאפי' בברי ושמא להחזיק היכא דמודה במקצת, סבירא ליה לסומכוס יחלוקו בברי גרוע ושמא טוב, וכ"כ תוס' ד"ה מדסיפא, וא"כ במציעתא גבי בשעה שהיתה שכורה או ביום שהיתה שכורה מתה דהוי ברי גרוע אמאי פטור לגמרי, נימא דיחלוקו כיון שמודה במקצת, אפי' לסלקא דעתא, כיון דצריך להחזיר העור והנבילה, ואי משום דדמי להילך דדינו ככופר הכל, זהו לענין שבועה, אבל לענין דררא דממונא לסומכוס דינו כמו מודה במקצת, דהא גם בגדול וקטן דקתני התם נמי הוי הילך, ואפ"ה לא מקשינן התם מסיפא, וכמו שכתבו תוס' שם, ואין לומר משום דאית ליה מיגו דכופר בכולה, וכמו שכתבתי לעיל [באות א'], דאכתי קשיא מדקתני בסיפא זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, דהתם ישנו לתובע משום תרתי למעליותא לגבי מציעתא, חדא טענת שמא של השואל שהיא שמא גרוע, וחדא דלית ליה מיגו דלא שייך מיגו בשמא, וגם שהוא בעצמו מודה במקצת, אפי' הכי לא אמרינן דיחלוקו רק היכא שהמוחזק טוען שמא, אבל כשטוען ברי אפי' היכא דלית ליה מיגו דומיא דסיפא, אפי' הכי פטור לגמרי לסומכוס גם כשמודה במקצת, והדרא קושיא לדוכתא מסוף פרק המניח, אלא בעל כרחו צריך לומר דכיון שצריך לישבע מדאורייתא ע"י גלגול שוב נסתלק דינו של סומכוס מזה, משום דמודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא, וזהו עולם ראייתו של הר"ן דבעל כרחו צריך לומר דפטור דקתני קאי על חיוב ממון אבל מחוייב לישבע, ועיקר הפטור נסתבב משום חיוב שבועה, וכמו שכתבתי:

ובסוג זה איפשר ליישב גם דברי הנמוקי יוסף הנ"ל [באות ב'] שהוכיח מסיפא דהיכא דטוען שמא על הגלגולים לא אמרינן מתוך שאין יכול לישבע משלם, משום דבבא דסיפא בע"כ איירי היכא דלא נתברר לפנינו שלא פשע בו גם מתחלתו, ולא בגוונא דרישא, ובאמת מחוייב לישבע ע"י גלגול שאינו יודע אם שאולה מתה או שכורה, כמ"ש הנמוקי יוסף שם [שגם דלא אמרינן מתוך, אבל מכל מקום מחוייב לישבע שאינו יודע] והורה לנו מתניתין בזה שגם דמודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא, זהו היכא שנתברר הספק לגמרי ע"י שבועה, אבל כשנשבע שאינו יודע שעודנו הדבר בספק אמרינן יחלוקו, דאי לא תימא הכי קשיא אמאי קתני דיכא דיחלוקו בסיפא בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע, דאית ביה תרתי לריעותא לגבי שואל, חדא דמודה במקצת ולית ליה מיגו, ועוד דקטעין שמא בדבר דהוי ליה למידע, ליתני אפי' בחדא לריעותא דטעין ברי והמשאיל טוען שמא ולית ליה מיגו נמי פסקינן יחלוקו לסומכוס משום דמודה במקצת, כדאיתא בסוף פרק המניח, ואי משום דמודה היכא דאיכא שבועה דאורייתא, הא

תינח אם איירי דלא נתברר אם מתה כדרכה דמחוייב לישבע, ואזי דוקא כשטוען איני יודע שלא נתברר הספק לגמרי גם לאחר שנשבע משא"כ כשטוען טענת ברי:

ד **ויש** לדקדק בלישנא דגמ' דמקשה רק על רב נחמן, לימא תיהוי תיובתא דרב נחמן, ומדוע שבקי' לר' יוחנן הא גם עליו תשוב הקושיא ממתניתין כמו על רב נחמן, ונראה לתרץ דמסדר הש"ס הבין מתירוץ הגמרא דמוקי רישא בתרתי וסיפא בתלת, דקאי הקושיא על הרישא ועל הסיפא, ולכך העמיד מלבו הקושי' רק על רב נחמן דאליביה קשה בין מרישא ובין מסיפא, אבל על ר' יוחנן לא תיקשי רק מסיפא וכאשר נבאר, לזאת הכחידו תחת לשונו, דלכאורה יש לספק באיני יודע אם פרעתיך ויש חזקה המסייע ללוה, אם מועיל חזקה זו לסלק את חזקת חיוב דאידך ולא נשאר רק ברי ושמא והעמד ממון על חזקתו, או דלמא כיון שחזקת חיוב מצורף בהדי ברי ושמא, אזי אף תרי חזקות בהדיה לא מועילים לו, ובפשטות היה נראה שהלה פטור דאוקי חזקה בהדי חזקה, וברי ושמא לגבי חזקת ממון לא מהני מידי, אכן מדברי הרא"ש פרק קמא דכתובות [סימן י"ח] משמע להדיא היכא דאיכא ברי ושמא וחזקת הגוף, אף שיש לאידך רובא וחזקת ממון וספק ספיקא להחזיק, כלמו יחד אינם מצטרפים בהדי שמא דידיה, כמו גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת אף שיש רוב רצון, וספק ספיקא שמא אין תחתיו ושמא ברצון וגם חזקת ממון, אך מנא לן לדמות חזקת הגוף דעדיף טפי לגבי חזקת חיוב דגרוע, דלא מהני מידי בשמא ושמא דאף באיני יודע אם פרעתיך ושניהם טוענים שמא פטור, כמבואר בשו"ע [סי' ע"ה סעיף י'] וחזקת הגוף מועיל אף בשמא ושמא, כמבואר בתוס' כתובות [דף ל"ו ע"א] ד"ה החרשת:

אבן לכאורה מוכח להדיא מתניתין דחנוני ופועלים, שהנהו נשבעין ונוטלין מבעל הבית, ועיין בבעל המאור ורמב"ן ומגיד משנה שם דפועלים נוטלין מצד הדין, מידי דהוי כאיני יודע אם פרעתיך דחייב משורת הדין, אכן בחנוני פליגי רבוותא דיש אומרים דמצד שורת הדין אינו נוטל כלום, דהוי לגביה כאיני יודע אם נתחייבתי, רק שחכמים תיקנו לו ליטול בשבועה כיון דלא אמר בהדי הב ליה, ואיכא דסברי שגם חנוני נוטל משורת הדין מחמת חזקה שליח עושה שליחותו, כמו שכתב הש"ך [סי' נ"א ס"ק י"ב] בשם בעל התרומות ואם כן אם נאמר דחזקה מועיל לגבי חזקת חיוב, אמאי נוטלין הפועלים משורת הדין הא חזקה דשליח עושה שליחותו מסייע לבעל הבית נגד הפועלים, ואף אם נאמר שפועלים נוטלין מתקנתא, הא לא מצינו שום עילה וסיבה לתקנה זו רק מחמת חזקת חיוב, והרי איכא חזקה כנגדו חזקת שליח עושה שליחותו, דבשלמא לגבי חנוני לדעת רבוותא דנוטל מתקנתא כבר מצאו חכמים סיבה לחייבו דלא אמר בהדי הב לי', אבל לגבי פועלים לא מצאנו שום סמך ועילה לתקנה זו, אלא ודאי דחזקה אינו מועיל לגבי חזקת חיוב, ולהכי נוטלין מדינא:

אולם גדרי הוכחה זו תלוי במה דפליגי רבוותא בחזקה שליח עושה שליחותו אם מהני להקל, ומקור לזה מהא דפליגי רב נחמן ורב ששת במס' עירובין [דף ל"ב] דלרב נחמן לא מהני רק בדרבנן, ולרב ששת מהני אף בשל תורה, ועיין בתוס' שם ד"ה רב ששת ובאשר"י שם, דרבינו תם סבירא ליה הלכה כרב נחמן, וראייתו מהא דסבירא ליה לר' יוחנן בפרק התקבל בגיטין [דף ס"ד.] דלא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו רק להחמיר, אך כמה פוסקים חולקים עליו דהלכה כרב ששת באיסורי, והא דר' יוחנן שאני דליכא מכשול למשלח, ואין השליח חושש ליתן הגט, וזה לשונו שם וההוא דחולין נמי אין השליח חושש לתרום שאם לא יתרום יראה המשלח שאינו תרום, ומעתה לא מיבעיא לרב נחמן בודאי לא מוכח מידי מהא דחנוני ופועלים, דלדידיה חזקה זו לית ביה ממשא, אלא אפי' לרב ששת ולדעת ר"י ורא"ש דפסקו כותיה, אך באופן שלא יסתרו דבריו נגד ר' יוחנן ומזה נתחדש להם חילוק הנ"ל, בין היכא דאיכא מכשול לגבי המשלח כנ"ל, ואם כן הכא ליכא שום מכשול לגבי בעל הבית דהא אם לא יתן להם יחזרו הפועלים ויתבעו את בעה"ב, והרי זה כמו גבי תרומה, ואין לומר דאיכא מכשול לגביה כנגד איסור בל תלין, דהא תנן המחהו אצל חנוני ואצל שולחני אין עובר עליו, אבל לקושטא דמילתא נראה דלדעת הפוסקים שפסקו כרב ששת, יש להוכיח ממתניתין דחנוני ופועלים, שלא מהני שום חזקה לגבי חזקת חיוב וברי ושמא, דהא בירושלמי מובא בהלכות [בבא מציעא פרק המקבל דף קי"א] דמוקי למתניתין כשלא העמידם אצל חנוני, אבל אם העמידם אין לפועלים על בעל הבית כלום, ואף לדעת הלכות שם דפליג עליו, בזה כולי עלמא מודים דאיירי אף כשלא העמידם, ועיין בנמוקי יוסף פרק המקבל שם, היכא שהחנוני אינו מחוייב ליתן לא נפקע בל תלין מן הבעה"ב, דדוקא היכא שמחויב ליתן אזי איכא למימר שנכנס בחריקאו, וכיון דמתניתין איירי אף בלא העמידם ואין החנוני נתחייב ליתן, אם כן איכא מכשול לגבי בעל הבית לענין בל תלין, וכל זמן שלא נתן לו החנוני והוא כבר תבע את הבעה"ב ועבר עליו השמש, נראה דעובר על בל תלין אף שלא תבעו מחדש, שהרי מוטל על בעה"ב לפרוע ביומו, או שיתברר לו בבירור גמור שכבר נתן לו החנוני, דהא בדיבורא ופטומי מילי בעלמא שהבטיח החנוני ליתן לפועלים, מידי משמא אית בהו להפקיע מאיסורא דרמי על כתפיה, הרי מצינו אף דאיכא חזקה אלימתא דשליח עושה שליחותו, ואיכא מכשול לגבי משלח אע"פ כן אינו מועיל לגבי חזקת חיוב דפועלים, אמנם כל זה לדעת הפוסקים דפסקו כרב ששת, אשר השוה דעתו לדברי ר' יוחנן בפ' התקבל, אבל לרב נחמן דסבירא ליה להדיא אף דאיכא מכשול למשלח לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו לגבי דאורייתא, לא מוכח מידי ממתניתין ונקטינן כסברא פשוטה דמוקמינן חזקה לגבי חזקה, ולפי שולעות דברינו להכי ריהטא סוגיא דידן דוקא אליבא דרב נחמן דהמסדר הש"ס הוכיח, כיון דחזינן דמוקי הש"ס רישא בתרתי וסיפא בתלת הרי דגם מן רישא קשיא ליה, אף דשאני הכא דאיכא חזקת חיוב, וגם רב נחמן ור' יוחנן מודים דחייב כקושיי' הנמוקי יוסף על הרמב"ם בסוגיא זו, דסבירא ליה דשומרים נתחייבו משעת משיכה, אמאי צריך לאוקמא רישא בתרתי, הא הוי כאיני יודע אם פרעתיך, ובע"כ צריך לומר דנגד זה איכא לשוכר ג"כ חזקת חי לגבי חזקת חיוב, והא תינח לרב נחמן דסבירא ליה דלא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו לגבי דאורייתא, לא מוכח מידי ממתניתין הנ"ל, אבל לר' יוחנן דסבירא ליה כרב ששת כדסברי תוס' ואשר"י שם, ומוכח ממתניתין דחנוני ופועלים דלא מהני חזקה אלימתא נגד חזקת חיוב וברי ושמא, ולהכי לא קשיא מרישא מידי, ואין צריך לאוקמי בתרתי, ועיין שבועות [דף מ"ה:] בסוגיא דקלילה תוס' ד"ה כי מטא, משמע גם כן דחזקה לא מהני לגבי איני יודע אם פרעתיך, ואף בתירוץ ראשון איכא למימר דשאני התם שטוען ברי לפניו ועל ידי חזקה אמרינן דלאו מחמת דמספקא ליה טוען כן רק שיודע בבירור, אחרי הלעתי דברי לפני תלמידיי הראה לי אחד מהם שגם בתומים [סי' נ"א ס"ק ג'] מפלפל אפס מדברים הנ"ל, אכן באופן אחר דפשיטא ליה דחזקה הוי כטוען ברי, ומזה הוכיח דאין החנוני נוטל מצד הדין, דאם לא כן אמאי ישלם לפועלים, דהא חזקה הוי כמו טוען ברי, ולא נראין לענ"ד דבריו בזה במחכ"ת הקדושה, דהא מוכח מדברי אשר"י פרק קמא דכתובות שהבאתי לעיל דלא כדבריו, גם מה דנקט דאיכא מכשול לגבי בעה"ב נגד לא תגזול, גם בזה דבריו תמוהים, דהא לגבי איסור לא תגזול הוי כמו תרומה, דהא מסתמא הפועלים יחזרו ויתבעו לבעה"ב:

ה **עודנה** נפיחה בדברים התמוהים בסוגיין. א] דברי תוס' [דף נ"ז] דפשיטא להו דסומכוס קאי אף בשאלה היום ושכרה למחר, [וכן משמע להדיא מדבריהם בד"ה שאלה, וכן משמע מקושייתם בד"ה לימא], ותמוה שלא כתרו דבריהם דלקמן בסוגיא דמחליף [דף ק'.] סוף ד"ה כא, דשם הוכיחו דסומכוס קאי רק בשכר אחת ושאל אחת, וכן הקשו המפרשים. ב] קושית הנמוקי יוסף על הרמב"ם [פ"א מהלכות שאלה] דשומרים נתחייבו משעת משיכה, א"כ למה ליה להש"ס לאוקמא רישא בב', הלא הוי כאיני יודע אם פרעתיך. ג] קושיית המהרש"א על תוס' ד"ה היום בסוף הדיבור בתירוצם הב', דאין מגלגלין כשתובע טוען שמא, דהא למסקנת דבריהם תליא באם דומה לעיקר, והכא נמי הגלגול דומה לעיקר. ד] גם יש לדקדק בדברי תוס' מה שהקשו דהיאך מגלגלין לעולם, דהא אית ליה מיגו דאינו יודע, קודם תירוצם השני, דהא גם לתירוצם השני בעל כרחו צריכין לומר דכשהנתבע אין יודע אין מגלגלין, דאם לא כן קשיא מרישא, ואמאי לא נטרו עד שיסיימו ליישב סוגיא דהכא, ואח"כ יקשו קושיא דעלמא:

ונראה לפי ענ"ד דהנה בכתובות פרק אלו נערות [דף ל"ד:] איכא תרי לישני לרבא, אי חיוב שומרים משעת משיכה או משעת אונסין

אונסין, ומשמע לרוב הפוסקים דחיובם רק משעת אונסין, וכל חד וחד כפי דינו, ולהכי לקמן בסוגיא דמחליף אזלא למסקנא, אם כן איכא תרי חזקות לנתבע חזקת ממון וחזקת חי, להכי מתרצי לקמן דסומכוס לא קאי רק אשאל אחת ושכר אחת, והכא אזלא ללישנא קמא דהתם, אם כן איכא חזקת חיוב כנגד חזקת חי, דכיון שהחיוב מתחיל משעת משיכה, ואף כשהתובע טוען איני יודע מ"מ בדררא דממונא איכא צד מעליותא בחזקת חיוב דידיה, כדי לסלק את חזקת חי, ועיין ברשב"א גיטין [דף ע"ח:] ד"ה רבה מ"ש בשם התוס':

ו **ובזה** יש ליישב קושיא (ב') הנ"ל, והיא קושיית הנמוקי יוסף על הרמב"ם, ויש עוד קצת הוכחה מסוגיא זו לדברי הרמב"ם, דאם לא כן גם לרב הונא ולרב יהודה מי ניחא, אף דסבירי להו ברי ושמא ברי עדיף, זהו נגד חזקת ממון לחוד, אבל הכא איכא גם חזקת חי, דהא כמו דאנן אמרינן בענין חזקת ממון דעדיף, אבל לשני ענינים לא מהני חזקת ממון לחוד לגבי תרתי, מהיכא תיתי יעדיף ברי ושמא לרב הונא ור"י מחזקת ממון לדידן, ועיין בסוגיא דהיו בה מומין בתוס' ד"ה חדא במקום וכו', ולדעת הרמב"ם ניחא, דבשלמא לרב הונא ור"י דסבירי להו ברי ושמא ברי עדיף, אם כן איכא חזקת חיוב לגבי חזקת חי, וברי ושמא לגבי חזקת ממון, אבל לרב נחמן קשיא מכולהו בבי, דאף בשאלה היום ושכרה למחר דאיכא חזקת חיוב הרי חזקת חי מסלקהו, ולא נשאר רק ברי ושמא דלדידהו פטור:

ולליישב קושי' (ג') היא קושיית מהרש"א, נראה דודאי קושייתו קאי רק אשאלה היום ושכרה למחר, אבל מסיפא בשאל אחת ושכר אחת לא קשה מידי דהא מבואר בשיטה מקובצת בסוגיין, בוויכוח שבין הראב"ד ורז"ה בד"ה דהא דחייבה התורה שבועה בשומרים אף בכופר הכל ואף על טענת ספק, לפי שהענין מכריח לזה דהא לכל שומר יש צד הפוטר, והבעלים מסרו לידם על דעת שהמה לבדם ישמרו, והבעלים לא ידעו מאומה מכל הקורות אותם, אם כן כל שומר יטעון טענה הפוטרתו ואידך לא ידע מאומה, שעל דעת כן מסרו לידו שהוא לבד ישמור וידע את כל אשר נהייתה בו, להכי חייבתו התורה שבועה, משא"כ בשאר טוען ונטען שאין הענין מחייב שלא ידע התובע, ולהכי בכפירתו יעיז נגדו ואף בבנו שיכול להעיז מ"מ אין נושא הענין גורם לזה רק שאחר כך נפל במקרה שמת התובע, אבל בשומרים הענין מחייב שלא ידע, כן נראה הבנת דבריו. ולפי זה בשאל אחת לא קשה מידי קושיית המהרש"א דהא דומה לעיקר, כיון שגם על העיקר טוען שמא דהרי מרוחקים זה מזה מן הקצה אל הקצה, דהא כל מעליותא של העיקר והענין שחייבתו התורה שבועה אף שהוא כופר הכל, כל זה מביאהו לפי שהענין מחייבו שלא ידע התובע, וכל אחד יטעון צד הפוטר ולא יעיז, מה שאין כן בגלגול כיון שפרה אחת לפנינו היא, והוא לא ידע בעצמו מה היה אם שאולה ואם שכורה, הרי הורע כחו במה שלא ידע, ועל העיקר כל תוקפו וחיזוק של השבועה רק על דבר שלא יכול לידע אם כן צריך לומר דקושיית המהרש"א קאי אשאלה היום ושכרה למחר, דבזה שוה הגלגול לעיקר, שגם בזה הענין מחייבתו שלא ידע מתי מתה, אך אם נאמר דחיובו של שומרים משעת משיכה גם בזה לא קשיא מידי, דהא מבואר בדברי ר"ן קידושין [דף כ"ז] בסוגיא דגלגול, דאם אמרינן דחיובו משעת משיכה הוי כטוען ברי על עיקר, כיון שהוא מוחזק בחיובו של שומר עי"ש. והוא בא להפקיע שיעבודו הרי זה כטוען ברי, וכן מבואר להדיא בדבריו, רק צריך לומר דקושיית המהרש"א קאי רק אי אמרינן דחיובו של שומרים משעת אונסין כמו דסברי לקמן בסוגיא דמחליף, וגם על שאל אחת ושכר אחת לא קשיא מידי כאשר הקדמנו לעיל:

ז **אבן** זאת נקוט מיהת בידינו, דאי אמרינן שחיובו משעת אונסין הרי איכא תרי חזקי למוחזק, חזקת חי וחזקת ממון, ובזה לא פליג סומכוס, והנה כל קושיי' התוס' אשר הרעישו הוא רק ממציעתא, ולכאורה קשה דמאי קשיא להו, דהא במציעתא שתובע טוען שמא, אם כן אית להו מיגו דאיני יודע, שהרי דקדקו בדבריהם שאין עושה ברצון עצמו מסופק כשאידך טוען ברי שאז נראה שאמר אמת, אך זה אינו כיון דמשנה זו אליבא דסומכוס איירי אם כן קשה אמאי פטור במציעתא ישבע על ידי גלגול, ומיגו דאיני יודע לית ליה דאם יטעון איני יודע יפסיד ממון, אכן כל זה בשאל אחת, אבל בשאלה היום אי אמרינן דחיובו משעת אונסין לחוד, לא קשיא כלום ממציעתא דהרי אית ליה מיגו דאיני יודע, וסומכוס אינו קאי רק אשאל אחת, ולהכי הקדימו תוס' קושיא זו דהיאך מגלגלין לעולם. ותירוצם בכדי להקדים ולהכריח שקושייתם מן מציעתא לא קאי רק אשאל אחת, או גם על שאלה היום [ומתורץ קושיא ד' הנ"ל]. אמנם דוקא אי אמרינן שחיובו של שומרים משעת משיכה, אם כן לית להו מיגו דאיני יודע, דהא גם בזה פליג סומכוס, אבל אם נאמר שחיובו של שומרים רק משעת אונסין לא קשיא רק משאל אחת, דבאידך גווני אית להו מיגו דאיני יודע, דהא סומכוס לא קאי רק אשאל אחת, אבל באידך הוי תרי חזקי, דהא ליכא חזקת חיוב נגד חזקת חי, וכל זה הקדימו כדי להבין את תירוצם השני, שלא יקשה לנו קושיית המהרש"א. ומעתה ממנ"פ לא קשיא, דהא בשאל אחת אין הגלגול דומה לעיקר, דהא מרוחקים זה מזה הרחק הלאה, דהא כל מעליותא ותוקפו של העיקר הוא לפי שהענין מחייב שלא ידע, אבל בגלגול גם עליו מוטל לידע כמוהו כיון שאחת לפנינו, רק בשאלה היום ובשאלה חצי יום דומה הגלגול לעיקר, אכן בהנך בבי לא קאי כלל תירוצם, דהא בלא זה פטור מגלגול כיון דאית ליה מיגו דאיני יודע, והיכא דאיכא חזקת חי וחזקת ממון לא פליג סומכוס, ואם תמצא לומר לסומכוס דחיובו של שומר משעת משיכה אם כן איכא חזקת חיוב נגד חזקת חי, כדסבירי להו לתוס' בסוגיא זו, דסומכוס פליג אכולה בבא, על זה שפיר תירצו דאין מגלגלין כשתובע טוען שמא, רק בדאיכא רגלים לדבר ואין הגלגול דומה לעיקר, דהא על העיקר הוי כטוען ברי כמבואר בר"ן קידושין, אם כן ממילא מובן דבכולהו בבי ובתרי לישני באלו נערות, שפיר קתני במציעתא דפטור מגלגול:

ח **עיין** בלחם משנה [פרק ג' מהלכות שאלה הלכה ג'], שתמה על הנמוקי יוסף על שני התירוצים שתירץ לדעת הרמב"ם דסבירא ליה דשומרים נתחייבו משעת משיכה, חדא שקושיית הש"ס קאי משכר אחת ושאל אחת, ועוד דמשמע להו דאף אם השכיר לו קודם גם כן חייב, ולהכי מוקי לרישא בתרתי, דהא ברמב"ם מבואר להדיא, דאף בהשאיל לו קודם גם כן פטור עיי"ש, הרי תמיהני קא חזינא, חדא דהדרא קושיי' הנמוקי יוסף לדוכתי' על הרמב"ם, וגם דברי נמוקי יוסף בתירוצו תמוהים, ולפי ענ"ד נראה דהא בעיקר דינו של הרמב"ם הרעישו עליו נושאי כליו [בפרק א' מהלכות שאלה הלכה ה'] עיי"ש במגיד משנה ולח"מ, והנה הרמב"ן והרשב"א השיגו עליו כיון דלרבא איכא תרי לישני, וללישנא בתרא גם לרבא לא נתחייב אלא משעת אונסין, והניח להם אביהן אחריות נכסים אטבחוה קאי, למה שבק את לישנא בתרא דש"ס ופסק כלישנא קמא, והמגיד משנה שם תמה עליו ביותר, כיון דדינו של רב פפא בהיתה לו פרה שאולה וטבחה בשבת מיסך סייכי בדינו של רבא, היאך אחז החבל בתרין ראשין דהא פסק [בפרק ג' מהלכות גניבה] בהיתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור כרב פפא, והכא ס"ל כרבא וכלישנא קמא, דאף במתה חייבים בהניח להם אביהם אחריות נכסים, ויש להבין מדוע לא עמדו רבותינו הרמב"ן והרשב"א שהשיגו עליו, ועזבו השגה זו אשר כל סתום לא עממוה וכל רז לא נעלם מהם:

ולפי ענ"ד נראה ליישב הכל על נכון, ועיין בכסף משנה שמחמת השגה זו מחק מש"ס ולא גרס דתליא בדרב פפא, וכמה קשה עלינו לעשות גירסא חדשה, זולתי מקומות אשר כבר נחלקו רבותינו הקדמונים להדיא איזה גירסא עיקר ומקובל מרבותיהם כאשר מצינו כמה פעמים, אך נראה דגירסא זו אשר מצאנו לפנינו בפרק אלו נערות בהא דרבא, אם פליג אדרב פפא אם לא, בע"כ גירסא זו ברורה וקשורה בעבותות המושכל, במקום שמצינו להדיא בש"ס שני גירסות אשר כבר נחלקו בהם אבות העולם איזה מהגירסא עיקרית, וטרם נחקורה במה דמצינו להדיא ברבותינו הראשונים כמה פעמים באיזה ענינים, כאשר נבאר השייכים לענין זה, ובמושכל אחד נבין את דבריהם המפוזרים אנה ואנה, ועל פי שלשה עדים יקום דבר להבין היטב הענין לאשורו, עיין ברמב"ם [פרק כ"ב מהלכות אישות הלכה ט"ו] ז"ל, וכן הבעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין נכסי צאן ברזל בין נכסי מלוג לא עשה כלום, וכתב המגיד משנה וז"ל, ואמרו בירושלמי ואפי' מכר הבעל ומתה האשה בחיי הבעל, לפי שאין לבעל בשעת מכירה בגוף הקרקע כלום, ויש להתבונן כיון דמתקנת אושא הרי הוא כלוקח למפרע, אמאי במכרה היא ומת הוא מועיל המכירה שלה, [כמ"ש הרמב"ם שם הלכה ז' ובמגיד משנה שם] שאין לה בשעת מכירה

מכירה רק ספק זכות, ומדוע בעל המכירה שלו שיש לו גם כן ספק זכות וידו עדיפא מידה, ועוד יש להתבונן בעין זו בדברי תוס' סנהדרין [דף פ"א] ד"ה על מנת שאין לבעלך רשות בו וז"ל, אי נמי ר' אלעזר הוי מוקי לה כשנתן לה בעלה, דהא ר"א הוא דאמר אחד זה ואחד זה קנתה ואין הבעל אוכל פירות עכ"ל. וזה מבואר שגם בנתן מתנה לאשתו איתא לתקנת אושא, וכן כתב המגיד משנה [פרק כ"ב מהלכות אישות הלכה כ"ז] עי"ש, וכן מוכח מתוס' ואשר"י בבא בתרא [דף נ"א] ואין שום חולק על זה, א"כ אמאי קטלינן ליה בחיי האם, דילמא תמות היא קודם לבעל, ואיגלאי למפרע שהיה משל הבעל ולא משל האם, וכן יש להתבונן בש"ס גופא בסנהדרין שם, דמוקי לה כשנתן לה אחר על מנת שאין לבעליך רשות בו, ולדעת רוב הפוסקים הבעל יורשה, ואיתא לתקנת אושא, קשה גם כן אמאי קטלינן ליה מספיקא, ומתוס' שם משמע דאי אפשר לאוקמא כשנתן לה אחר על מנת שאין לבעלך רשות בו, ורק מה שתשא ותתן לפיך, דא"כ לא הקשו לר"א, ומדוע דחקו לאוקמא בנתן לה הבעל, והטעם כיון שהבן גנבה ולא נתקיים עיקר המתנה איגלאי מילתא ונתברר בבירור השתא דהוי משל אחרים ולא משל האם:

אולם בשום לב להתבונן בעומק דבריהם נראה דחילוק והפרש רב יש בין זכות שיש לו מעכשיו על תנאי, דאז בודאי יכול למכור זכות טרם שנתקיים התנאי, כמו דמוכרת כתובתה בטובת הנאה וכדומה, אבל בתקנת אושא אף שהבעל לוקח למפרע הלא עיקר זכותו נסתעף רק מחמת ירושה, ובדברים שהבעל יורש את אשתו, לכן כשמתה היא ואיתא לירושה, אז ייפו החכמים את כחו ועשו אותו בירושה זו כלוקח למפרע, אבל טרם שבא לכלל ירושה לית ליה שום זכות בגוף הקרקע כלום, ואף לדעת האשר"י מובא באבן העזר [סימן צ' סעיף ס'] דאף בחייה מוציא גוף הקרקע מיד הלקוחות, מובן לכל שזה מטעם אחר, לפי שיפוי כח הבעל בזה שיהרס ויבטל את קנין שלה, אבל לא שיזכה באפס דבר טרם שבא לכלל ירושה, נמצא שהפרש גדול איכא בין קונה על תנאי שהמעשה מופרש מן התנאי, ותנאי מילתא אחריתא היא, כמו דמלינו בריש פרק המגרש [דף פ"ב] בעל מנת שלא תבעל לפלוני, עי"ש בתוס' ד"ה המגרש ובאשר"י, ואז יכול למכור וליתן זכותו לאחר אף טרם שנתקיים התנאי, אבל בדבר שהוא אחד מעיקר הדיבר של הקנין וזכות לא נתגלה לנו עד אחר כך, ורק כשיהיה המעשה באופן זה יזכה למפרע, אזי טרם שנתגלגל הדבר ונתברר לנו כל חלקי המעשה מהחל ועד כלה, אינו ביכולת להוריק זכותו לאחרים, כיון שגם לו נחסר חלק אחד מגדרי המעשה, ויותר מזה נראה לפי עכ"ד שאף במשכן לו שדהו ואמר לו אם לא אפדה מכאן ועד שלשה שנים יהיה שלך מעכשיו, שאין ענין זה נכלל בדיני תנאים דעלמא, לפי שלא הקנה לו מעכשיו ותלה בתנאי רק שגוף הקנין מיתלא תלוי עד אותו זמן וכשלא יפדנה אז אזי יקנה למפרע, נמצא שגוף המעשה וזכות של המלוה יהיה רק באותו זמן למפרע, וראיה לזה דהא נאמר שגם זה נכלל בכל דיני תנאים ותנאי דבני גד ובני ראובן, אמאי אמרינן בישראל שהלוה לעכו"ם דעובר עליו והוא בהרהינו אצלו ובמעכשיו ולא פרעו אבל אם פרעו אינו עובר עליו [כמ"ש בש"ע אורח חיים סי' תמ"א סעיף ב'] אמאי, הא אחד מגדרי התנאים והלכותיהן הוא, באיפשר להתקיים המעשה על ידי שליח [כדאיתא כתובות דף ע"ד.], והכא כיון דאי איפשר להתקיים ע"י שליח דאין שליחות לעובד כוכבים, נמצא שהתנאי בטל והמעשה קיים, אלא ודאי שאין זה דומה לשאר תנאים, שהתנאי מובדל ומופרש מן המעשה, אבל הכא עיקר הקנין וזכייה שלו מיתלא תלי וקאי עד אותו זמן ובהגיע הזמן אז יקנה למפרע, [ואיפשר שבתוך הזמן אינו יכול למכור לאחרים את ספק זכייה זו, ואיפשר כיון שהזמן ממילא קאי, ובהעדר מעשה פדייה נקנה למפרע, יפה כחו בהם למוכרה לאחרים מזכיותו של הבעל בנכסי מלוג דמיתלא תלוי בדבר שלא בא לעולם, וכן נראה לכאורה, וכעת אין הפנאי מסכים עמדי להתבונן בזה עד גמירא]:

ט אבן עיקר ותמלית הדברים תלוי בהא דאיתא להדיא בש"ס מכות [דף ט"ו:] מידי הוא טעמא אלא לר"י הא אמר ר"י תני בטלו ולא בטלו וכו' במאי קמיפלגי בהתראת ספק, ועיין שם בפירוש רש"י ד"ה וריש לקיש וז"ל, ואי קשיא לר"י נמי איכא למימר בהתראת ודאי ליתרו בו כשבא לבטל את העשה שהיא עקירת הלאו, לעולם התראה בשעה שעובר על אזהרתו בעינן, ואפי' תלוי בדבר אחר כדאמרינן בשבועות, שבועה שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו וכו' אלמא התראה בשעת איסור בעינן, ואע"פ שאין הלאו נגמר עד שאכל את של תנאי. אמנם בהלכות הרי"ף גורס להיפוך מידי הוא טעמא אלא לר"י וכו' אמר ליה כו' תני קיימו ולא קיימו, וכן הוא גירסת הרמב"ם [בפרק ט"ז מהלכות סנהדרין] שפוסק כר"י דהתראת ספק שמיה התראה, ופוסק קיימו ולא קיימו, וכן הוא דעת הרמב"ן והרשב"א, ופרטי עומק דבריהם וסעיפיהם, עיין בריטב"א שם שהאריך בזה, והצריך לעניננו מני דבריו אשר פירש שם לגירסת הרי"ף וסייעתו למאן דאית ליה בטלו ולא בטלו סבירא ליה התראת ספק לא שמיה התראה, ומתרינן ביה בשעה שביטל העשה, שאף זה חלק מגדר הלאו הוא, ואף שהתחיל בשעת עקירת הלאו ועבר למפרע בשעה שעבר על הלאו, אבל עדיין לא נגמר כל חלקי החיוב רק בשעת ביטול העשה, ואין זה דומה לתנאי, דתנאי מילתא אחריתא היא שאין זה מגוף חלקי וגדרי הלאו תעשה, נמצא לדעת רש"י וגירסתו המלויין לפנינו, הנידון שוה בין אם חסר גדר אחד מגדרי מעשה, או שנתברר כל גדרי מעשה רק שתלה בתנאי, ולדעת זו גירסת הש"ס ילחלנו שלא לחלק ביניהן, דהא מאן דסבירא ליה בטלו ולא בטלו סבירא ליה התראת ספק שמיה התראה, ואי איפשר להתרות בו בשעת ביטול, דדמי למתרה בו בעידנא דאכליה לתנאי, ולדעת הרי"ף והרמב"ם וסייעתייהו דגרסינן להיפוך גירסא זו יכריח לחלק בין תנאי דמילתא אחריתא ובין שחסר סעיף אחד מסעיפי המעשה, לכן למאן דאמר בטלו ולא בטלו מתרינן ביה בשעה שביטל את העשה, [ודעת לנבון נקל לחלק לדעת רש"י, לבין היכא שגוף המעשה מיתלא תלוי, לבין שחלק אחד עדיין לא נתגלה, כי היכי דלא תקשה לדעת רש"י וגירסתו מהא דירושלמי המובא במ"מ בבעל שמכר בנכסי מלוג, וכן מהא דסנהדרין הנ"ל], תבנא לדינא, היכא שגוף המעשה מיתלא תלוי אף כשיגמר הענין יקנה למפרע, אזי עיקר זכיותו רק בעת ההיא, ואנו דנין לכל ענינים המסתעפים רק לבתר סוף הדבר, כמו ההיא דירושלמי לענין נכסי מלוג הנ"ל, ובמקום שחלק אחד מגדרי המעשה עדיין לא נתברר, לדעת רש"י וגירסתו דומה לתנאי, ולדעת הרי"ף והרמב"ם אין זה דומה כלל לתנאי, ולכן מתרינן ביה בשעה שביטל את העשה אף שעבר למפרע:

י וכשנתבונן בנידון שומרים, אף דאמרינן דמשעת משיכה נשתעבדו נכסיו, אבל עדיין לא נתגלו כל חלקי וסוגי החיוב עד שעת אונסין, נמצא לדעת רש"י וגרסתו במס' מכות הנ"ל הרי זה דומה לתנאי, ולכן גרסינן גם כן בכתובות דדינא של רבא מישך שייך בדרב פפא, דהא בוודאי בעידן שנתקיים התנאי לא שייך קים ליה בדרבה מיניה, ולהכי נמי הא אמרינן דמשעת משיכה נתחייבו הנכסים, אף בפרה שאולה לו וטבחה בשבת חייב, אבל לדעת הרמב"ם וגירסתו במס' מכות אין זה דומה לתנאי, וכמו שנוכל להתרות בו בעידן דעובר על חלק אחד מגדרי הלאו אף שעובר למפרע, כמו שמבואר להדיא בדברי הריטב"א הנ"ל עיי"ש, כן נמי אמרינן ביה קים ליה בדרבה מיניה, נמצא לדעת הרמב"ם וגרסתו לא קשה מידי קושיית הנמוקי יוסף, אך קושיא ותירוציו הכי אזלי, אם יש להוכיח מקושיית הש"ס לר"ן ור"י דעיקר הדבר כגרסת הרי"ף והרמב"ם בסוגיא דמכות הנ"ל, ולהכי אינו דומה כלל לאיני יודע אם פרעתיך, לפי שעדיין חסר חלק אחד מגוף החיוב, אבל לגירסת רש"י דגרס בכתובות ופליגא דר"פ, וכן במכות דלמאן דאמר בטלו ולא בטלו, הרי זה דומה לעידן דאכליה לתנאי', ובתנאי פשיטא ליה דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, כדעת הרמב"ן מובא בר"ן פרק האומר בקידושין, ולא כדעת הר"ן שם [דף ס"א], ועיקר כוונת הנמוקי יוסף לבל יהיה הדבר מוכרח כיתד בל תמוט כגירסת הרי"ף, דאף לדעת רש"י עדיין נוכל לפסוק כלישנא קמא דרבא ודלא כרב פפא:

[ובעיקר פלוגתא שבין הרמב"ן ודעת האחרונים מובא בר"ן שם שחלקו עליו, אף דלכאורה היה נראה כיון שתנאי מילתא אחריתא, ואנן מספקינן אם נתקיים התנאי הוה כאיני יודע אם פרעתיך, דדמי להא דאיתא בתשובת רשב"א (סימן תתקע"ב) מובא בבית יוסף (סי'. כ"ח), באחד שמכר כרם ושנים אומרים על תנאי מכר לו ושנים אומרים לא היה על תנאי, דלא אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת לפי שמכירה בוודאי נעשה, וכבר יצא מחזקת בעלים הראשונים, חדא דיש לחלק בין שספק הוא אם נעשה על תנאי, לבין הספק אם נתקיים התנאי, כדאיתא במשנה למלך (בפרק ט"ו מהלכות טוען ונטען הלכה י"א תד"ה ונחזור). אמנם נראה דעיקר פלוגתייהו בטעמא דאיני יודע אם פרעתיך, אם הוא מלד חזקת חיוב וברי ושמא, או הוא מטעם דמוקמינן אשתמא שלא נתחדש עדיין מאשר היה, דאם נאמר דטעמא דאיני יודע אם פרעתיך

פרעתיך מחמת חזקת חיוב וברי ושמא, והכא כיון שהחיוב או הקידושין נעשו על תנאי, נמצא הספק בעיקר החיוב ופטור, ואם נאמר דטעמא דמוקמינן אסתמא בצירוף ברי ושמא, גם בתנאי שייך האי טעמא, ואין להקשות דהא אף לטעם ראשון דאיני יודע אם פרעתיך חייב מחמת חזקת חיוב וברי ושמא, כמו כן נאמר בתנאי כיון שבודאי נעשה החיוב וספק על התנאי ותנאי מילתא אחריתא היא כדברי תשובת הרשב"א בעובדא הנ"ל, דזה אינו דמדברי הרשב"א בעצמו מוכח לחלק בין שהספק על עיקר התנאי, ובין שהספק הוא בקיום התנאי, דהא הרשב"א פוסק בנתינה בעל כרחו דמספקא לן אמרינן ביה קרקע בחזקת בעליה עומדת, אלא ודאי דשאני התם דכמו שמכירה היתה בודאי, כן התנאי הותנה בבירור, וכמו שכתב המשנה למלך שם]:

ואל תתמה על החפץ במה שהארכנו למעלה, היכא שחסר חלק אחד מגוף החיוב שלא נתגלה עדיין, אף שהחיוב הוא למפרע ואף דלבסוף נתחייב אמרינן קם ליה בדרבה מיניה, כאשר הוכחנו ממס' מכות לגירסת הרי"ף והרמב"ם, ובמת והניח אחריות נכסים אף שעיקר החיוב לא נתגלה בעודו חי, אמרינן דנתחייבו הנכסים, אמאי יתחייבו הנכסים אף שהחיוב הוא למפרע, כיון שעדיין לא נתברר עלם החיוב, דהא גדולה מזה מבואר בנמוקי יוסף [בפרק כיצד בבא קמא] בסוגיא דאשו, דאם זרק חץ ומת טרם שהגיע אלו למקום הניזק דנתחייבו הנכסים, והא בזרק חץ וקרע שיראין של חבירו פטור מטעם קם ליה בדרבה מיניה [כתובות דף ל"א.], ואם נאמר שהחיוב מיתה כבר נגמר מכל וכל תיכף בשעה שהשמיט ידו מן החץ, הרי נגמר חיוב מיתה טרם שהגיע החץ לשיראין, והרי זה כיוצא ליהרג והזיק שמחוייב נשלם כמבואר בפרק קמא דערכין [דף ו':] במשנה, דר"י אומר אם הזיק חייב, ואף שנוכל לומר שגם חיוב ממון נגמר משעה שהניח החץ מידו, מ"מ דאיקא טובא לומר כן, שהדבר הניזק עודנו חי כמקדם ולא נשתנה בו דבר, ואכן נאמר שכבר נגמר החיוב תשלומין, דמי לא משכחת לה שחבירו תופס השיראין בידו, ואולי ילך ויזוז ממקומו טרם שיגיע החץ במקומו, אלא ודאי דשיעבוד נכסי איכא אף בכהאי גוונא, כיון שסוף סוף נתחייב למפרע:

יא ועוד ראיה נכונה דהא בקנס אמרינן לענין הזמה במס' מכות [דף ה'] היכא שבאו שנים ואמרו באחד בשבת גנב וטבח ומכר, ובאו שנים ואמרו באחד בשבת עמנו הייתם, אלא בערב שבת גנב וטבח ומכר משלמין, דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא, ועוד כיוצא בזה מלינו בכמה מקומות, שעלם חיובו של קנס לא נגמר עד שעת שעמדה בדין, ומלינו בירושלמי מובא בתוס' בריש אלו נערות [דף כ"ט.] דאם מת קודם שעמדה בדין נתחייבו הנכסים, עיי"ש בד"ה ועל אשת אחיו וכו' וזה לשונם ומיהו בירושלמי מוקי לה כשבא עליה עד שלא מת ומת, מבואר להדיא דבקנס דאורייתא קנסו בנו אחריו ונתחייבו הנכסים למפרע, ולהכי כמי גבי שומרים אף דאמרינן גבי שומרים בטבחה בשבת דקים ליה בדרבה מיניה, אע"פ כן אם מת והניח אחריות נכסים נתחייבו הנכסים, ועיין בהשגות [פ"ב מהלכות גניבה הלכה י"ב, ופ"ח מהלכות עבדים ה"ד], ועיין היטב בכל זה:

סימן פב

עוד בסוגיא הנ"ל

א בתוס' [דף נ"ח] בד"ה משכחת לה עיי"ש היטב, והנתיבות המשפט [סי' ע"ה ס"ק י"א] והאורים ותומים [סי' נ"ב] הקשו על קושיית התוס' לשיטת רבינו תם לרמי בר חמא חייב בכפירה והודאה לחוד, דאם כן לא היה צריך כאן להוסיף פרה של כפירה, והקשו ע"פ דברי התוס' בבא קמא [דף ק"ז] תוך ד"ה עירוב פרשיות, דלרמי בר חמא צריך שיהיה הכפירה קמן, דאם לא כן היה נאמן במיגו דנאנסה, וכיון דהאי דטען עליה איני יודע אם שאולה אם שכורה היתה ליתה קמן ויש לו מיגו דמתה מחמת מלאכה, ואם טען ברי דשכורה היתה היה פטור משבועה במיגו דמתה מחמת מלאכה, לכן מצרכינן לכפור באחת חוץ מזו והיא קמן, והוין מקושי' זו כל דבריהם בפירקין סותרים את דבריהם במס' בבא קמא הנ"ל בקושייתם בב' סגי בהודאה ובהאי דאיני יודע דאיכא בה נאנסה וכפירה, גם בתירוצם, דהא לעולם צריכין שתהיה הכפירה קמן, גם לישנא דהש"ס דנקט ומתו כולהו לא משמע הכי, גם יש לעמוד על דבריהם בבבא קמא [דף ק"ו] ד"ה עירוב בסוף הדבור שהקשו וזה לשונם ואם תאמר למאן דבעי ג' פרות ליפטר במיגו דאי בעי מודה בה וכו' עכ"ל, מה ראו בזה לומר דאיירי בכפירה קמן, ועל זה קשיא להו דליהימניה במיגו דאי בעי מודה בה, דהא בפשוטו יוכלו לתרץ דאידך טען דמתה בפשיעה והוא טוען להד"מ, דאף אם יטעון נאנסה מ"מ לכפירה יחשב, כיון שאידך טען ברי דמתה בפשיעה, וגם בהאי דהודאה ידעו הבעלים שפשע וטען בברי על שתים שמתו בפשיעה בפניו, והודה לו על אחת וכפר בשניה, ועיין שם במהרש"א שהקשה על קושיית התוס' בסוף הדבור, ואין לומר יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר להד"ם נמי אהסיא דנאנסה, כיון שכבר האריכו תוס' למעניתם מכמה הוכחות, דלרמי בר חמא חייב בכפירה והודאה לחוד, ומנא להו דלדעת ריב"א מצריכין דוקא כפירה והודאה ונאנסה, והיה להם לתוס' לבאר מתחילה שלדעת ריב"א לא כן הוא:

ונראה לפענ"ד ליישב הכל על נכון, ומקודם נייש קושיית מהרש"א הנ"ל, נראה דלדעת ריב"א מוכח ממילא דלרמי בר חמא צריך ג' פרות, ובכפירה והודאה לחוד לא מיחייב, ודוקא לדעת רבינו תם, דלרבי חייא בר יוסף אינו חייב אלא בכפירה והודאה או בנאנסה והודאה, נמצא דנאנסה שוה לכל הכפירות, ועל זה פליג רמי ב"ח דנאנסה מיגרע גרע מכפירות דעלמא, דעל כפירה גמורה מחייב בצירוף הודאה, ובנאנסה לא מתחייב עד שיהיה כפירה והודאה בהדי נאנסה, אבל לשיטת ריב"א דלדעת ר' חייא בר יוסף עדיפא ליה נאנסה מכל כפירות, דהא על כפירה לחודא לא מחייב ועל נאנסה מתחייב, נמצא שנאנסה מוסף עליו חיוב שבועה יותר מכל כפירות דעלמא, והואיל וכן תו לא נוכל לומר דלרמי ב"ח לטענת נאנסה מצרכינן עוד לכפירה והודאה, ועל כפירה והודאה לחוד יתחייב גם כן, דאם כן יהיה לטענת נאנסה כח הפוטר יותר משאר כפירות, ולהכי מוכח ממילא כיון דלטענת נאנסה דעדיפא להמשיך עליו חיוב שבועה, אע"פ כן אינו חייב אלא בהדי כפירה והודאה, מכ"ש בכפירה דגריע' שאינו חייב אלא בהדי הודאה ונאנסה, אך קשה לדעת ריב"א מהכך מתניתין דמוכח דאף בכפירה והודאה לחוד מחייב, גם קשה לתירוצו של תוס' דאיירי דהשיא דכפירה קמן, מהא דאמרינן בבא מציעא [דף ה':] התם נמי אישתמוטי וכו' סבר אשכחנא לגנב וכו', הרי דאיירי בדליתה קמן, ומלאתי באורים ותומים [סי' ע"ה] שעמד בזה ותירוצו דחוק, לכן מחוורתא דמילתא דלדעת ריב"א איכא שתי חלוקות לרמי בר חמא, כי היכי דלא ליסתרו סוגיית הש"ס אהדדי, דהא מפירקין מוכח דאינו חייב אלא בג', מדמוסיף עוד פרה אחת, ומכמה מתניתין מוכח להיפוך כאשר הוכיחו בתוס', להכי נראה דסבירא ליה כדעת הראב"ד בשיטה מקובלת בפירקין, דרמי ב"ח סבירא ליה גם כן עירוב פרשיות, וילפינן פקדון משלואה היכא דאיכא כפירה, כמו בהלואה דכפר ליה להדיא ולא על ידי טענה דשייכא גבי שומרים מיחייב בכפירה והודאה, ועיין בשיטה מקובלת היכא דמכחשי אהדדי, כגון זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה, אף שמעיז נגדו כיון דלא שייכא גבי מלוה אין זה כפירה לחייבו על ידי הודאה, אך עדיין צריכין אנו להוסיף ביאור על דבריו וירווח שמעתין, והוא, היכא דקא כפר ליה להדיא כיון דכפירה קמן, שאף אם יטעון השומר מה דבעי, כיון דבעלים קא תבעי ליה שזו שלו היא והוא מכחיש ליה, זהו כפירה לגמרי דאיכא גם במלוה, ועל כפירה זו מיחייב בצירוף הודאה לחוד, ובזה יתיישב כל הנך מתניתין, והיכא דליתה לכפירה קמן אף שהלה מכחישו בברי שפשע בו וכדומה, מכל מקום יש לו מיגו דנאנסה נמצא אף דהוי כפירה כיון שחבירו מכיר בשקרו, מ"מ כפירה זו ליתא גבי הלואה ואינו חייב עד שיהיה עוד שני פרות, חדא דהודאה וחדא דנאנסה, וזו שמכחשו אהדדי לכפירה יחשב, ולהכי הוצרכו לתרץ דאיירי בהאי דכפירה קמן, כי היכי דליתייב לן הא דמלינו בכמה משניות [כאשר הוכיחו בתוס' שם], דגם לרמי ב"ח סגי בשתי פרות בכפירה והודאה לחוד, וזאת לא משכחת ליה רק היכא דכפירה קמן, דדמי כפירה זו לכפירה דהלואה, אבל בדליתה קמן הרי יש לו מיגו בשתי פרות, אבל בשלשה כיון דאידך טוען ברי שפשע בה, אע"פ שאינו מתחייב בכפירה והודאה לחוד מ"מ בהדי נאנסה שאין חבירו מכיר בשקרו, מחויב על כל פנים לישבע דהיינו בג' פרות, ולהכי

בפירקין

בפירקין דבין כך ובין כך צריך להוסיף עוד פרה אחת, נקטינן ליה בדרך קצרה, דלמה ליה לארוכי דאיירי דחוץ מזו כפר ליה עוד אחת ושיא קמן ויהיה נידון במתוך וכו', על ידי כפירה דמודה במקצת דומיא דהלואה, מקצר הש"ס ונקט דמתו הנך ג', ועל הך דכפירה טען הלה בברי במתה כדרכה בעידן שאילה ולא מחמת מלאכה, ולית ליה מיגו דאי בעי טען דמתה מחמת מלאכה, דמ"מ לכפירה דשייכא גבי שומרים יתחשב, והרי איכא כפירה דשייכא גבי שומרים, ומיחייב לכל השתות בצירוף הודאה ונאנסה, והכא כיון דאיכא חדא דקטעין נאנסה, אין מן הצורך לאוקמי בדכפירה קמן, ויתחייב מודה במקצת דהלואה, כיון דממה נפשך איכא חדא דקטעין נאנסה, אף בדליתה קמן בכל מקום מתחייב משבועת שומרים כיון דאיכא ג' פרות ומחוייב על ידי מתוך דשבועת שומרים, והא דהקשו התוס' בסוף הדבור דליהימני' במיגו דאי בעי טען להד"ם אהאי דנאנסה, היינו בדליתה לכפירה קמן רק שאידך טען ברי שפשע, דבכגון זה מצריך רמי ב"ח דוקא לג' פרות כיון דלא שייכא כפירה זו גבי מלוה כיון דאית ליה מיגו דנאנסה, אף שהלה טען שפשע, אף דהוי כפירה בצירוף הודאה ונאנסה, אבל בכפירה והודאה לחוד לא מיחייב, נמצא הא דמצרכי בתוס' שתהיה הכפירה קמן, זהו במה דילפינן פקדון מהלואה, ולדעת ריב"א דסבירא ליה כדעת הראב"ד דגם רמי ב"ח סבירא ליה עירוב פרשיות, אבל לדעת ר"ת דמפורש להדיא דרמי בר חמא לית ליה ע"פ ולא ילפינן פקדון מהלואה כלל, רק דהלואה ילפינן מפקדון לענין מודה במקצת אף בדליתה קמן, רק שאידך טען בברי שפשע די, דכיון דחבירו מכיר בשקרו, הרי זו כפירה לרמי בר חמא, ובזה פליג אדרבי חייא בר יוסף דסבירא ליה דגם נאנסה שוה לכפירה אף שאין חבירו מכיר בשקרו, וע"ז הקשו שפיר דלמה ליה להוסיף בפרות, דהא סגי בשנים, ואידך טען בברי על חדא שפשע, ועיין בזה:

ב **באופן** אחר נראה ליישב קושיית האורים ותומים הנ"ל, וגם יתיישב דברי הר"ן בפרק שבועת הדיינין שהקשה על שבועה דר' חייא קמייתא דהוי שיעבוד קרקעות, ותירץ כיון דטענינן ללקוחות שפרע, דנהי דאיהו נתחייב על ידי הודאתו דכל האומר לא לויתי כו' מ"מ אינו יכול לטרוף מהם, וחזר והקשה על שבועה דמודה במקצת, והוא תמוה כמו שהקשה התומים [סי' ע"ה ס"ק א'] עי"ש, ומתחלה נשכילה בחכמתם העמוקה של רבותינו בעלי התוספות, דמי הכריחם לומר דאיירי דכפירה קמן, עד דמוכרחים אח"כ לאהדורי בטעינה ופריקה, דאכתי ליהימניה במיגו דהודה עלי האי דקמן, מוטב לומר דמפקיד טען ברי שמתה בפשיעה והוא טוען להד"מ ותו לית ליה מיגו דנאנסה, דמ"מ לכפירה יחשב שמכחישו בברי, ופרה שלישית דלא מכחישו בברי וטען עליה דנאנסה, הרי איכא כפירה והודאה ונאנסה. איברא כיון שכבר הקדמנו לעיל דלדעת ריב"א מוכרח מעצמו דלרמי ב"ח מצריך דוקא לג' פרות, שיהיה שני ענינים של כפירה לבד מהודאה, חדא שאין חבירו מכיר בשקרו, וחדא שמכיר, אבל על כפירה והודאה לא מחייבינן ליה, דא"כ איו ואיפוא תמצא מקום לג' פרות שאידם, דהשתא נאנסה שהוא כח המחייב יותר מכפירה דעלמא, כמו דחזינן לר' חייא בר יוסף, ואפי' הכי אינו מחוייב עד דאיכא כפירה והודאה בהדה, מכ"ש כפירה דעלמא שכחה רפויה ביותר מנאנסה [כאשר חזינן להדיא מר' חייא בר יוסף] דלא נוכל לחייבו עד דאיכא נאנסה והודאה בהדי כפירה, ומעתה תו לא משכחת לן לאוקמא אלא היכא דכפירה קמן, דאז כל מה שישיב לו לא יזוז מכפירה, אבל כד תימא דקטען אידך בברי דמתה בפשיעה, דממנ"פ טען רק על חדא, הרי אכתי יש לו מיגו לומר על האי דלהד"מ גם כן נאנסה, ומה דתבע לו דמתה בפשיעה היינו הך דמודה ליה, ואיכא השתא רק נאנסה והודאה, ואם תבע ליה דשני פרות מתו בפשיעה הרי יש לו מיגו לומר על שניהם דנאנסו, והאי דהודה פשע בה בינו לבין עצמו בדליכא רואין, ותו אי איפשר לחלק ביניהם, חדא לכפירה וחדא לנאנסה, ונמצא דליכא רק כפירה והודאה, אבל לדעת רבינו תם דגם לרמי ב"ח מחייבינן ליה על כפירה והודאה לחוד, תו לית לן דבר המכריח לאוקמא בדכפירה קמן דוקא, אלא דקא תבע ליה דשנים מהן מתו בפשיעה כמובן מעצמו, לכן קושיי' תוס' קמה וגם נלבה בסוגיין על רבינו תם דלמה ליה להוסיף פרה אחת לרמי בר חמא:

ג **ועתה** נתבוננה בזה דתירצו תוס' בבא קמא בסוף ד"ה עירוב, דאין להאמינו על האי דנאנסה במיגו דלהד"מ, דעל זה משני בשבועות [דף מ"ה:] דאיירי באפקיד ליה בשטר, בע"כ צריך לומר דבשטר כתב ליה שתי פרות, דאי חדא אכתי יכול לומר דהיינו האי דהודאה, [ואין לומר דא"כ דמי לכופר הכל דשטרא דמודה ביה הילך הוא, דזה אינו דלדעת תוס' דסברי כסברת הרא"ש בסוף פרק שבועת הפקדון דכל מודה במקצת איירי דלית ליה קרקע, דבדאית ליה הוה שיעבוד קרקעות, אע"ג דהשתא אינו יכול לטרוף כמבואר שם, רק בשטרא דהלואה דאינו יכול לכפור, דאז גם בדלית ליה מיקרי הילך מה שאין כן בפקדון דיכול לומר נאנסו], וא"כ אכתי אית ליה מיגו שיכפור לגמרי על שתים, ועל האי דשטרא יודה ליה, אלא ודאי צ"ל דכתב ליה שטרא על שתים. ועתה נביטה דגם לסברת הרמב"ן והר"ן דכל היכא דלא מצי למיטרף מלקוחות לא מיקרי שיעבוד קרקעות, וא"כ גם היכא דאית ליה קרקע חייב לישבע במודה במקצת דעלמא, אבל במודה במקצת דפקדון לרמי ב"ח בע"כ צ"ל דמיירי בדלית ליה קרקע, כיון דבע"כ מיירי דשטרא על שתיהם, דאם לא כן אכתי אית ליה מיגו כנ"ל, וכיון שכן לדעת ריב"א בתוס' שבועות [שם] ד"ה בשטר, דאינו נאמן בשטר פקדון לומר החזרתי במיגו דנאנסו כיון שמפקיד נותן שכר הסופר, וגם פשיטא להו בבא בתרא [דף ע':] בד"ה מאן, דלא טענינן ליתמי וללקוחות נאנסה דלא שכיח, וכיון דכתב בשטרא על שתים מהם, א"כ ממנ"פ היכי מחייבינן ליה לישבע, דאכתי איכא חדא דשיעבוד קרקעות או הודאה בקרקעות או כפירה בקרקעות, וזהו דקשיא לר"ן על עיקרו דמודה במקצת שכתב בתורה, ועיין ש"ך [סימן פ"ח ס"ק מ"ח מ"ש] יעויין שם היטב ותמצא יסוד למאי שכתבתי, ואין לומר דאכתי לדעת הרמב"ן והר"ן דכל כמה דלא מצי לטרוף מלקוחות לא נכלל בשיעבוד קרקעות, וא"כ אכתי יש לומר בדאית ליה קרקע, והשטר הוא על אחת לבד, וכיון שטוען על אחת נאנסה וכפר באחת והודה באחת חייב לישבע, שגם על ההודאה אין יכול לטרוף שלקוחות יאמרו דשטרא הוא על האי דטען נאנסה, שגם שהשומר יאמר שהוא על האי דהודאה אינו נאמן לחוב לאחרים, דא"כ הדרא קושי' תוס' לדוכתיה דליהימניה במיגו דאי בעי כפר גם על האי דנאנס', והאי דשטרא היא של הודאה, וא"ל דא"כ דמי למיגו דאי בעי כפר הכל, דשטרא כהילך הוא, זה אינו, דנהי דאנן לא טענינן נאנסו, ולא החזרתי במיגו דנאנסו לדעת הריב"א, מ"מ הילך לא מיקרי אלא בשטר הלואה דאין יכול לכפור, אבל בפקדון כיון דאי בעי מצי כפר ביה ולטעון נאנסו תו לא דמי להילך:

ד **ולפי"ז** מיושבים היטב כל הקושיות הנ"ל, לבד הקושיא מרים בבא מציעא [דף ה':] דמקשה מרמי ב"ח ומשני התם כמי אישתמוטי קא משתמיט, הרי להדיא דרמי ב"ח איירי בדליתה קמן כמו שעמדו בזה האחרונים, וגם הקשו דא"כ ליהימניה על האי דכפירה בלא שבועה משום חזקה דאין אדם מעיז, כיון דליכא משום אישתמוטי, ודחקו בזה הרבה. ונראה לפענ"ד לתרץ ברווחא על נכון עפ"י דברי הנמוקי יוסף בריש מציעא גבי ר' חייא קמייתא וז"ל, גבי העדאת עדים ליכא למימר הכי כו' אבל גבי עדים דליכא למימר אישתמוטי אישתמיט שהרי בכל כפר, אימא ודאי קושטא קאמר, דאי לאו הכי לא מצי כפר דאין אדם מעיז, ואע"פ שהוחזק כפרן במקצת, נימא דמשטה היה בו מתוך שהיה טוען עליו יותר ממה שהיה לו אצלו וליהימניה בלא שבועה, קמשמע לן מקל וחומר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, ולפיכך הואיל והוחזק כפרן במקצת יצא מחזקתו ובחזקת מעיז פנים הוא ונשבע, עכ"ל. הרי דלא מסלקינן לסברא זו דכשם שהשטית בי השטיתי בך, אלא משום דהוחזק למעיז אפי' לפוטרו משבועה, מכ"ש לחייב שבועה דחזרינן אחרי כל מציאות האיפשרי כדי לחייבו, כמו ספק מלוה ישנה, [ועיין בהשמטות וביאורים], ולהכי מחייבינן ליה לישבע דאמרינן דנהי דמפקיד טען בשקרא שזהו שלו, אבל מ"מ הפקיד אצלו שלש, ומשום שהשטה בו לכפור ולומר ששתים היו, גם הוא השטה בו, ותבעו האי דקמן לומר שזו היא, כיון דאכתי לא הוחזק למעיז, וכיון שכן תו ליכא לחזקה דאין אדם מעיז, דשפיר שייך אישתמוטי כמו על האי דנאנסה, דמסתמא תבע ליה ברישא שיחזור לו שלש פרות שהפקיד אצלו, וכשכפר לו באחת אמר לו הרי היא קמן, כגם דנראה פשוט, דאם אחד תובע מחבירו שחפץ זה שתחת ידו הוא שלו שהפקיד אצלו, ובאם יברר הנפקד בעדים שאינו הוא שהוא אין לו שום טענה ודין ודברים עליו לומר לו כן הוא, אבל אני הפקדתי אצלו חפץ כזה, חדא דזהו לאחר שנתברר בעדים, אבל כל כמה שלא נתברר ישנו למציאות השבועה, דהכן הוא דמתווכחין לומר פן ואולי כן היה כדי להמציא מקום לשבועה, ועוד שגם לענין ממון גופא הוא דוקא כשהיה בתביעה אחת, אבל כשתבעו ועשאו

כשני

בשני תביעות למודות, ומתחלה טען שהפקיד אצלו חפץ בתמונה כזאת ואח"כ כשראה אצלו אמר שזאת היא, שגם שנתברר אח"כ בעדים שהיא של הנפקד, מ"מ טענתו הראשונה לא נסתלקה, דנהי דהוחזק כפרן במקצת מ"מ הרי הוא עודנו כשאר תובעים, ואפי' חשוד גמור לא נגרע בכל עניני תביעות משאר כל התובעים :

סימן פג

בדיני גזילה

בעזה"י פה קרתא קדישא ירושלים תובב"א ·

א בתוס' בבא קמא [דף ע"ו ריש ע"א] ד"ה והשתא וכו' וקדשי מזבח אומר ר"י אע"ג דמיקרי על שם בעלים ולא הוי הקדש כמכירה מ"מ וכו' חשיב כיאוש ושינוי רשות לענין דאל הקדש אחר יאוש, כדמשמע לעיל דבעי לאוכוחי אביי לרבה דיאוש לא קני מקרבנו ולא הגזול ואפי' הכי אתי שפיר דאל הקדש, אע"ג דאכתי לא אסיק אדעתיה דהוי יאוש ושינוי השם, אלא משום דהוי יאוש ושינוי רשות, עכ"ל. ודבריהם מפוללי הבנה כיון שלא חידשו בזה שום טעם וסברא לחלק בין חיובא דמכירה לקנייה דלוקח, רק שהענין מכריח מן הש"ס שהם שני עניינים נפרדים, ולא הרי זה כהרי זה, מה בעו בזה הכא דאיירי רק לענין חיובא דמכירה לחוד, ואם אתו בזה לאשמעינן שכן הוא שלא נתלכדו יחד, יותר הוי להו לאוכוחי מדף ס"ז דתני להדיא בגנב וגזלן הקדישן הקדש, משום דמעיקרא חולין והשתא הקדש, ועי"ש בתוס' ד"ה מעיקרא וכו' שהוא משום שינוי השם ואפי' בחטאת ואשם, ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן וכו' מ"מ שינוי השם יש כאן, עכ"ל. הרי דאפי' היכא דנזדמנו כחדא, כגון בגנב שהקדיש פטרינן ליה מד' וה' משום דמעיקרא תורא דראובן ואפי' הכי הלוקח קנאהו בשינוי השם, ומכ"ש גבי גזילה לענין שינוי רשות, דבהאי עניינא ליכא נפקותא בפטורא דד' וה', יותר מסתבר דלא לגרוע זכיות הלוקח, משום דאשכחן דפטרינן ליה גבי גנב בד' וה' משום מעיקרא תורא דראובן : **ועוד** קשיא דהשתא שהוכיחו מקרבנו ולא הגזול מה איכפת להו אם נימא דהא דמיעטה התורה דאינו יוצא משום מצוה הבאה בעבירה, אבל מ"מ קנוי ביד הקדש הוא משום שינוי השם, עד שהוכיחו דאכתי לא אסיק אדעתיה, לו יהיה כן מ"מ מוכח עיקר הדין שהם שני עניינים נפרדים, וממילא נדע נמי דהוא הדין לענין שינוי רשות, וגם דרך רחוקה הוא בפשטא לאשכוחי נפקותא בזה לגבי הקדש היכא דליכא שינוי השם ואיכא שינוי רשות, [זולת למה שיתבאר להלן משכחת לה בעולה ושלמים דהוי שינוי השם דחוזר לברייתו] :

ב ונראה לפי עכ"ד לפרש דבריהם על מכונם בעזרת השי"ת, בהקדש מה שפירשנו בדבריהם לעיל [דף ס"ז.] בד"ה מעיקרא חולין וכו' וז"ל, בקדשים שאינו חייב באחריות, לא הוה צריך ליתן טעם זה דיש כאן שינוי רשות, אלא בעי לאוקמי אפי' בחטאת ואשם ואע"ג וכו' עכ"ל. דעיקר דבריהם אין להם מובן, הכי בדבר שיש בו משום שני שמות, ונקיט ליה משום שם אחד שהוא ג"כ נכון כמוהו, תקשה לן דנימא משום השני ומה נפקא מינה בזה, ועוד שאין זה דבר וסיפוכו שהתחילו בדבריהם בקדשים שאינו חייב באחריות ומסיימי בחטאת ואשם דוקא, הכי לא משכחת לה קדשים שחייב באחריותן בכל הקרבנות :

ג ונראה בביאור דבריהם ע"פ מה שכתבו בדיבור הקדוש בד"ה מעיקרא טיבלא וז"ל, ואע"ג דשינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה וכו' מ"מ לא חשיב ליה שינוי החוזר לברייתו כיון דלא שכיח עכ"ל, [ועמ"ש לקמן באות מ"ו על קושיית מהרש"א כאן]. ונראה מלד הסברא דזהו גבי תרומות ומעשרות שפיר יש לומר דלא שכיח לשאול עליו, דמאי ירויח בזה כיון דסוף סוף מחוייב לפרוש על טבלו, לכן מסתמא לא ישאל עליו, וכן בכל קדשים שנתחייב ע"פ דת תוה"ק, אבל בקדשים שנתחייב בהם ע"פ דיבורו ונדרו הרי ירויח בשאלה זו דהשתא הרי ההקדש יחזיקו בהקדישו והוא צריך לשלם לבעלים מכיסו מוטב שישאל על הקדישו ויחזירו לבעלים, ולא עוד אלא דמצוה לאתשולי עליה בכדי שיקיים מצות השבה בגזילה עצמה ולא בדמיהן, וזהו שכתבו תוס' דבקדשים שאינו חייב באחריותן לא היה צריך לטעם זה וכו' משום דפשיטא להו כיון דקתני בסתמא הקדישן הקדש דמיירי בכל הקדשים, וגם דנראה בעליל דניחא להו להש"ס לנקוט טעמא דשינוי השם שכולל שניהם כאחד שהוא תרומה ומעשר, וגם בהקדש נמי מהאי טעמא, ולא לאפש ולפרש בכל הנך גווני דקתני בכל אחד מטעמים שונים, וא"כ קשיא לכאורה דבקדשים שלא נתחייב בהם ע"פ דת התוה"ק ליתא לטעמא דשינוי השם, שהרי הוא שינוי החוזר לברייתו דמסתמא ישאל עליה, לזה תירצו הדברים דמ"מ עיקר הדין מיירי בכל הקדשות, רק דבקדשים שאין חייב באחריותן, [ועיין בהשמטות וביאורים], קנאו הקדש מצד שינוי רשות, ולגבי חטאת ואשם [דאינם באים בנדבה] דלא ירויח בשאלה, הוא דדמי לגמרי לתרומה ומעשר וקנאו הקדש מטעם שינוי השם :

ד ולפ"ז אין הכרח מדבריהם דהכא, דבקדשים שחייב באחריותן ליכא שינוי רשות, אלא דמשכחת לה מיהת בחטאת ואשם דאיכא נמי שינוי השם, דכיון דלא ירויח ע"י דמיתשיל עליה, הוי שינוי שאין חוזר לברייתו דומיא דתרומה, ובזה יתורץ דנראה שסותרין דבריהם, דלקמן נראה מדבריהם בפשטא בסוף ד"ה והשתא תורא דשמעון [דף ע"ו.] דלא שני להו בין שחייב באחריותן לאין חייב דלעולם קנאו בשינוי רשות :

וראיתי בספר פני יהושע שעמד בזה ומתרץ דדבריהם [דף ס"ז] בד"ה מעיקרא, קאי אליבא דר"ש דסבירא ליה דבר הגורם לממון כממון דמי, ולהכי לא קנאו הקדש בשינוי רשות בקדשים שחייב באחריותן דאכתי לא יצא מרשותו משלם, דנשאר ברשותו לענין חיוב אחריות, אבל מ"מ מטעם שינוי השם דלא תליא ברשותו, שהרי אפי' מעיקרא משכא והשתא אברזין ועודנו ברשותו קנייה בשינוי השם, ולכן בברייתא דגנב וגזלן דלקמן [דף קי"ד] מוקמינן לה אליבא דר"ש, ומשום הכי מפרשי דדוקא בקדשים שאינו חייב באחריותן הוא דקנאו בשינוי רשות, אבל לקמן [דף ע"ו] נקטי בסתמא, דקאי אליבא דדינא דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי, ולהכי גם בחייב באחריותו קנאו בשינוי רשות, אולם גם לעיל [דף ס"ו:] בד"ה ש"מ, מפרשי גם גבי קרבנו ולא הגזול, דיש כאן שינוי רשות באותן קרבנות דאין הנגזל חייב באחריותן, וצריך לתרץ ולייסב דעתו הגדולה דמדנקט בברייתא קרבנו ולא הגזול [ולא נקט ולא הגנוב] ש"מ דאתיא כר"ש דסתם גזילה יאוש בעלים, וליכא למימר דמיירי בידוע שנתייאשו, שהרי הסוגיא קאי אליבא דרבה דסבירא ליה לקמן דבידוע נמי מחלוקת, ומשום הכי מפרשי ליה אליבא דרבה דבע"כ אתיא כר"ש דמיירי בקדשים שאינו חייב באחריותן דליכא גורם לממון :

איברא לכאורה אכתי עיקר דברי קדשו תמוהין, שהרי במס' ב"ב [דף מ"ד] בתוס' ד"ה דוקא, מפורש בדבריהם דסבירי להו כרשב"ם דאפי' במכירה להדיוט וקיבל עליו אחריות דלא קנה בשינוי רשות אפי' אליבא דידן, וכן בש"ע [סי' שס"א סעיף ה' בהגה"ה] מובא דעה זו, [ועיין בש"ך סי' ל"ז ס"ק כ"ט], והשתא גבי מכירה להדיוט דאינו חייב בכל אחריות רק מן בעל חוב ונגזל דאתיין מחמתיה לא מיקרי שינוי רשות, מכ"ש גבי הקדש דמחוייב בכל אחריות אפי' אונסין דלא הוי שינוי רשות :

ה איברא לאחר העיון דברי הפני יהושע נכונים וברורים לדינא, דגבי הקדש למזבח אזי מסתבר דלכ"ע הוי שינוי רשות אליבא דרבנן, דהנה במכירה להדיוט נראה דעיקר הסברא לדעת הפוסקים דלא קנה בשינוי רשות, הוא דנהי דמכרו ונסתלק רשותו ממנו ונכנס לרשות אחר, מ"מ הרי עודנו נשאר ברשותו לבאי מכחו, שהרי בעל חובו שמשועבד לו מטלטלי אגב מקרקע יכול לגבות ממנו, וכיון שעודנו ברשות הגנב לכל בעל חוב הבא מכחו, ומשום האי טעמא לא הוי שינוי רשות לקנותו גם לגבי הבעלים, כיון דלא יצא מרשותו לגבי באי כחו, אבל בקדשי מזבח דקדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד הרי קנוי ביד הקדש לגמרי, שהרי אין לו ולבאי כחו שום צד זכות בזה, ומשום הכי אין הנגזל יכול לגבותו שהרי קנאו בשינוי רשות, ותו לא איכפת לן במאי דנתחייב באחריותו לכל דבר, כיון דמ"מ לא נשאר לו ולבאי כחו שום צד זכייה שבעולם :

ו והשתא דאתינן להכי נראה לפענ"ד דאפי' לר' שמעון דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי, מ"מ יש מקום לומר דקנאו בשינוי רשות, ע"פ מסקנא דריש פסחים [דף ו'] דלית ליה לר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי אלא היכא דכבר נגנב ונתחייב כבר באחריותו, אבל היכא דאכתי לא נגנב אזי אפי' לר"ש לאו כממון דמי

דמי, מדאיצטריך לא ימלא גבי חמץ, והכא נמי כיון דאכתי לא נאבד לאו כממון דמי וקנאן הקדש בשינוי רשות, והשתא ניחא דדבריהם לקמן [דף ע"ו] דלא חילקו בין קדשים שחייב באחריותן, דקאי אליבא דמסקנא דריש פסחים, ולכן גם לר"ש אין לחלק, וכן בדף ס"ז יש להמתיק דקאי אליבא דמסקנא דפסחים, ולהכי נקט בברייתא בסתמא בכל הקדישות דגבי קדשים שאינו חייב באחריותן, הכוונה שלא נתחייב מחמת עצמו רק ע"פ דיבורו דליכא שינוי השם שהרי ירויח בשאלתו, והוה שינוי השם שחוזר לברייתו הרי קנאן בשינוי רשות אפי' לר"ש, אע"ג דאמר הרי עלי ונתחייב בכל אחריות מ"מ הוי שינוי רשות אפי' לר"ש, ורק בחטאת ואשם הוא דאיכא גם משום שינוי השם, דומיא דתרומה, שהרי לא ירויח, והוי שינוי השם שאינו חוזר לברייתו, ודבריהם לעיל [בדף ס"ו] בד"ה שמע מינה לרווחא דמילתא ע"פ פשטא דסוגיית הש"ס דשייטא דר"ש אית ליה דבר הגורם לממון כמ"ד, ולא מפלגו בזה בין שכבר נגנב, וכיון דאליבא דרבה צריך לומר דר' שמעון הוא כמו שכתבתי [באות ד'], להכי מפרשי דמיירי בקדשים שאין חייב באחריות:

ז **ואין** להקשות דהא גם למסקנא דריש פסחים נמי הוי גורס לממון לר"ש, שהרי מיד כשהפרים בהמה הגזולה לקרבן כבר נתחייב מיד בבהמה אחרת לצאת ידי נדרו, שהרי אינו יוצא בגזולה משום מצוה הבאה בעבירה, והיכא שכבר נתחייב אית ליה לר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי ותו ליכא שינוי רשות, דזה אינו דבכי האי גוונא לא שייך כלל דין גורם לממון גם לסלקא דעתא דפסחים, שהרי הכא מיד שהפרים בהמה הגזולה לעולה, הרי דינו פסוק וחתוך דצריך להביא אחרת לעולה, וזו אינה יוצאה מידי הקדש שכבר קנוי ביד הקדש ותהא לקיץ המזבח, או שתרעה עד שתסתאב ותמכר ויביא בדמיה עולה, [ואם תגנב ותאבד איפשר שיתחייב להביא אחרת לקיץ המזבח], אולם במאי שנתחייב להביא אחרת לעולה הרי בחיוב זה לא נתקשר דבר הן בעודנה לפניו או שנאבדה, והרי כל ענינו דגורם לממון הוא היכא דע"י קיומו של זה מצילו ממון אחר, ואית ליה לר"ש כיון שכן הרי זה גורם לממון אחר, ולהכי הרי הוא כבעלים של הנידון והחפץ, אבל הכא במאי שנתחייב להביא אחרת לעולה, לא מיתלא תליא כלל בקיומו או בהפסדו, ותו לא נכנס כלל בסוג דגורם לממון, ואם משום אחריותו של קיץ המזבח הרי אכתי לא נגנב ואיתיה בעינא, וזה פשוט ונכון:

ח **ועתה** נהדרינן לדמעיקרא ליישב ולתרץ דברי תוס' [דף ע"ו] ד"ה והשתא, ולא תקשה עוד עליהם אפי' אחת מני הקושיות הנ"ל:

והנה בעיקר הדבר שחידשו בש"ס לחלק בין מכירה דהדיוט למכירה דהקדש, מטעם דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן מסתבר לומר דחילוק זה יסודו מסוגיית הש"ס ע"פ חז"ל, וגם מסתבר הדבר להשוות סוגי המכירה שיתלכדו יחד ולא להפריד ביניהם, לכן בכל מכירה והקדש דמחייבינן עליו בדין דו"ה, הוי נמי קנייה וזכייה מגנב וגזלן וכן לסיפוך, זולת אם בראיות ברורות יתווכח הדבר דבלתי איפשר להעלותן בקנה אחד, אזי בע"כ צ"ל שאינו יסוד מושגב ע"פ משקל הדת רק ע"פ משקל בני אדם לבד, ולהכי הוא דוקא לענין ד' וה' לחוד שהוא מפני שהיה בחטא [ב"ק דף ס"ח], ומשום הכי אזלינן גביה בתר משקל בני אדם, וכיון דלגבייהו לאו מכירה הוא לא חייביה רחמנא:

והנה במשקל הראשון היה נראה לומר דטעמא דמעיקרא תורא דראובן וכו', הוא טעם כולל לכל סוגי מכירה לכל הלכותיהן, אע"ג דמעיקרא מיקרי רק בשם תורא דראובן והשתא מיקרי עולת ראובן או חטאת ראובן, מכל מקום אזלינן בתר שם העיקר ולא אחר שם הלווי, כדאשכחן לבית הלל בפרק כיסוי הדם [דף פ"ח:] דמכסין באפר שמלינו דמיקרי עפר וכו' ולבית שמאי עפר שריפה וכו', אלמא נראה לכאורה דלבית הלל לא אזלינן כלל בתר שם הלווי:

אלא דאם כן קשיא לן מברייתא דלעיל דקתני הגנב והגזלן הקדישן הקדש, אלמא דמהני לענין קנין אע"ג דלא מחייבינן ליה בד' וה', אך יש לומר דמהא לא איריא דהתם מיירי בקדשי בדק הבית לחוד, הגם דסתמא קתני, מוטב לדחוקי אנפשין בקלא בכדי להשוות המכירות בסוג אחד, וכמו שפירשו בתחילת דבריהם מברייתא דלקמן [דף ע"ס] דקתני גנב והקדיש משלם ד' וה', דמיירי רק בקדשי בדק הבית אע"ג דסתמא קתני, אלא דאכתי קשיא מקרבנו ולא הגזול דמכל מקום קנוי ביד הקדש כמש"ל, יש לומר כיון דבפשטא מיירי בידוע בשעה שהקדישו שהוא גזול בידו [דהתם גזילה נעשה בפירסום], וכבר דינו חרוץ דאינו יוצא בו משום מצוה הבאה בעבירה, רק דקנוי להקדש לקיץ המזבח, או שידחה לרעיה עד שיסתאב, הרי דלא נקרא כלל מעולם בשם עולת ראובן, אבל בגנב והקדיש דלא נודע שגנובה בידו [דהתם גניבה דלא נודע מיד], ומיקרי משעה שהקדישו עד כה בשם עולת ראובן, ולהכי לא חייל עליו כלל שם מכירה לכל הלכותיהן:

אולם עיקרו של הטעם הנ"ל אכתי אינו נכון ע"פ דינא דאנן פסקינן דבכל שם תואר שניתוסף בלווי על עיקרו, אזלינן בתר הלווי, עיין סוכה ריש [דף ל"ג] גבי אסא מצראה דבעי לאושענא מן הדין הואיל ואית ליה שם לווי וכו', ומקשינן ואימא הכי נמי ען עבות אמר רחמנא מכל מקום, וכן שם [דף ל"ד.] גבי חילפא גילי, אלמא דלולא דנתרבו מקראי אזלינן בתר שם הלווי, וליכא למימר דילפינן מינייהו, דהא שני כתובים הם ואין מלמדין, וכן הוא להדיא בפרק י"א דפרה [משנה ז'], ובנגעים [פרק י"ד משנה ו'] משום שיש לו שם לווי פסול, ועיין חולין [דף פ"ב:], ובע"כ צ"ל דהאי דפרק כיסוי הדם שאני, דשריפת החטאת איננו שם התואר אלא מראה מקום, וכחרולא דרבא במס' סוכה [דף י"ג], ועיין בתוס' שם ד"ה משום, או שהוא שם מקרה וכיון שכן כבר נפל בבירא טעם הנ"ל, [ומצאתי מזה במלחמות ה', ותלי"ת כוונתי לדעתו הגדולה והרחבה]:

ט **ואולם** איפשר לבקש טעם אחר בכדי שיהיה התולדה מזה לסבב את פני הדבר להשוות כל סוגי מכירות בקנה אחד, והטעם שחידשו בגמרא לחלק בין מכירה להדיוט דהוי מכירה לגמיתות, משא"כ בהקדש דברוב קדשי המזבח ירויח בשאלה [לבד מחטאת ואשם] בכדי לקיים בהם מצות השבה ולבל ישלם מכיסו וכמ"ש לעיל [באות ג'], לכן כיון דמעיקרא תורא דראובן, והשתא נמי אע"ג דמיקרי עולת ראובן, ואזלינן בעלמא בתר שם הלווי, הכא שאני שמסתמא עומד לכך שתחילב לבסוף לבתר שם ראובן לחוד, והא דקתני לעיל [דף ס"ו] בברייתא דהקדישן הקדש, או דמיירי בחטאת ואשם דוקא, דדמי לתרומה ומעשר דלא שכיח למיתשל עלייהו כיון שלא ירויח בזה, או דמיירי בקדשי בדק הבית, ומשא דקרבנו ולא הגזול דקנוי ביד הקדש נמי לא קשה לן, כיון דידוע שגזול בידו לא נקרא מתחילה על שמו, שהרי אינו יוצא בו מפני מצוה הבאה בעבירה וכמ"ש לעיל:

אלא מתוך שקלא וטריא דסוגיא זו דדחינן לכמה אוקימתי, דא"כ ליפלוג וליתני בדידיה, השתא נמי קשיא לן דליפלוג וליתני בדידיה בין שהקדישו לעולה ושלמים, דאז פטור מד' וה' מה שאין כן בחטאת ואשם, כדמוכח מברייתא דלעיל דהקדישן הקדש מפני דקנייה בשינוי השם, דהשתא נקטינן בפלס מאזני המשפט דתורה אחת לכל מכירות ניתנו כאחד, דבשלמא לענין בדק הבית לא קשה דליפלוג וליתני בדידיה, כמ"ש לקמן [בדף ע"ט] בד"ה גנב והקדיש איברא השתא דנחדש דבר למצוא גם בקדשי מזבח גופא, הדרא קושיא לדוכתיה דהוי ליה לפלוגי וליתני בדידיה:

י **איברא** אכתי איפשר להשוות כל עניני מכירות, ואפי' הכי איפשר למצוא דרך סלולה בפירושא דמעיקרא תורא דראובן, שהוא כעין דאיתא בפסחים [דף מ"ו] דעובר בבל יראה על חלה שהפרים, [וכן מותר מדאורייתא לאפותו ביו"ט, עי"ש ברש"י ותוס' תד"ה הואיל], מטעם הואיל דאי בעי מיתשיל עליה, עודנו לא יצא מרשותו ושם בעלים עליה לכל דבר, הרי דאע"ג דבתרומה לא שכיח דליתשיל עליה ולא מיקרי שינוי החוזר לברייתו כמ"ש תוס' בב"ק [דף ס"ז], אפי' הכי שם בעלים עליו מפני הואיל דאי בעי מיתשיל עליה, ולהכי בכל הקדשות לא מחייב בד' וה' דעודנו לא יצא מרשותו מפני הואיל וכו', [ומה דקאמר מעיקרא תורא דראובן וכו' לא מפני שעודנו נקרא בשם ראובן אלא דלקושטא עודנו ברשותו לכל דבר מפני הואיל], וכן בקדשי בדק הבית נמי לא יצא מרשותו מטעם זה עצמו ואינו מחוייב בד' וה', שהרי עדיין ברשותו הוא מפני הואיל, והא דקתני לקמן דגנב והקדיש משלם ד' וה', מיירי במסרו ליד גיזבר דאי איפשר תו לאיתשולי עליה כמ"ש תוס' פסחים [דף מ"ו] בד"ה הואיל. איברא זה לא שייך רק בקדשי בדק הבית לחוד דנעשה הגיזבר כאילו מסרו להדיוט מפני דיש לגיזבר עסק בהם, אבל בקדשי מזבח אפי' כשכבר מסרו ליד אנשי המשמר כל זמן שלא נזרק הדם יכול לאיתשולי עליה, כמ"ש תוס' בכריתות [דף י"ג] בד"ה ארבע, [ועמ"ש בזה לעיל בחלק יו"ד סי' כ"ב אות ו'].

ולפ"ז

ולפי"ז גם לענין קנין אינו קנוי ביד הקדש בין בקדשי מזבח בין בקדשי בה"ב מטעם שינוי רשות, שהרי ע"י הואיל עודנו שם בעלים הראשונים עליו, רק בקדשי בה"ב היכא דמסרו ליד גיזבר :

איברא לקושטא גם בקדשי מזבח יש מקום להקדש לקנותו מטעם שינוי השם, דמאי בכך דעודנו לא יצא מרשותו משום הואיל שהרי שינוי השם קונה אפי' כשעודנו ברשות גזלן לגמרי ולא יצא מרשותו כלל, כמו בגנב טלה ונעשה איל ומעיקרא משכא והשתא אברזין, והיא טעמא דברייתא [דף ס"ו] דהקדישן הקדש, הגם דזכיות הקדש וחיובא דד' וה' למודים יחד, זהו כשהקנין הוא מטעם שינוי רשות, אבל התם הרי קנוי ביד הקדש מצד שינוי השם, ולהסתיר גם טעם זה הוכיחו מקרבנו לפום סלקא דעתא דלא ידע עודנו מטעם שינוי השם, ואפי' הכי קנוי בידן מטעם שינוי רשות אע"ג דלא מחייבי בד' וה', אלא ודאי דלא נתלכדו יחד, דדין ד' וה' תליא רק במכירה שנקרא בפי הבריות לחוד, וקנין וחכייה תלוי רק בעיקר הדין עפ"י סוגי הדת, לכן המה שני הפכים לגמרי, ועיין לקמן [דף ע"ט] בתוס' ד"ה גנב דאפי' כשהקדיש לבה"ב קודם יאוש מיחייב בד' וה', ולענין קנייה ליכא למאן דאמר דקנה קודם יאוש :

יא **ואין** להקשות דאכתי למה להו לרבותינו בעלי התוס' לומר גבי קרבנו ולא הגזול, דליכא למימר משום שינוי השם דאכתי לא ידעינן, תיפוק ליה דקרבנו גבי עולה כתיב דהוה ליה שינוי החוזר לברייתו שהרי ירויח בשאלתו וכמ"ש לעיל, דעדיפא להו להוכיח הדבר ע"י תשובה נלאת הליכא דכולי עלמא, משא"כ משום שינוי החוזר לברייתו, דהא תינח לדעת תוס' בב"ק [דף ס"ז] בד"ה מעיקרא אבל לדעת תוס' סוכה [דף ל'] בד"ה וליקניוה, וכן מובא בש"ע [סימן שס"א סעיף ב'] דעה זו דשינוי השם עם יאוש קונה אפי' בחוזר לברייתו, וא"כ גם בקרבנו דמיירי לאחר יאוש, נמי קנוי להקדש ע"י שינוי השם אפי' בחוזר לברייתו, ואין להקשות דסוף סוף קשיא למסקנא כיון שכבר הוא מוסד ליסוד משגב דחיובא ד' וה' וקנייה וזכות שני ענינים נפרדים הם בהלכותיהן, ולכן קנייה להקדש מטעם שינוי רשות הגם דלא נתחייב בד' וה', דכיון דעל ידי הואיל דאי בעי מיתשיל עליה עודנו שם בעלים עליו ולא יצא הדבר מרשותו. איברא כיון שכבר תירצו בתוס' פסחים בד"ה הואיל [דף מ"ו:] על קושי' אחריתא תו לא קשה מידי, שהקשו על הא דאיתא אבל אתה רואה של גבוה, והא של גבוה חשיב נמי כשלו ע"י הואיל, ותירץ ר"י דשאני הני דכתיב בהו לד', אע"ג דאי בעי מיתשיל עליה חשבה הכתוב של גבוה, ועוד תירץ ר"י היכא דאתא הקדש ליד גיזבר לא אמרינן הואיל אי בעי מיתשיל עליה :

ועפ"י דברינו מובן ונראה בעליל, איך שרבותינו הראשונים היו עיניהם פקוחות בסקירה אחת בכל הש"ס, שהרי לתרץ קושייתם שם גבי חמץ שהוא רק קדשי בה"ב, די להם בתירוץ השני לחוד, רק דא"כ אכתי תקשה לן מקדשי מזבח, אמאי בגנב של הקדש וטבח ומכר פטור, שהרי עודנו ברשותו ע"י הואיל, ובקדשי מזבח לא שייך מסירה לגיזבר, ומשום האי טעמא חידשו בראשונה כיון דכתיב לד' גלי קרא דליתא להואיל כלל :

יב **ועפ"י** דברינו הנ"ל הטב ורואה בדברי קדשם [דף ע"ו] בד"ה והשתא, מלבד שע"פ כללות דברינו מיושבים על מכונם כל הקושיות הנ"ל [באות א'] ושים לבם התקשרות בסוגיא זו דוקא, דזולת השקלא וטריא בסוגיא דהכא הוי מלינן למימר כדרך השני הנ"ל שהוא משום שינוי החוזר לברייתו, וכל עניני מכירות סוג אחד להם, רק דחוזר לברייתו לא שייך רק בעולה ושלמים ולא בחטאת ואשם כיון דלא ירויח וכמ"ש לעיל, ותו לא תקשה לן מקרבנו ולא הגזול דקנוי ביד הקדש, דהתם שאני דמיד שהקדיש כבר נשתקע שמו ולא מיקרי עוד תורא דראובן, כיון שכבר דינו פסוק דאינו יוצא בו משום מצוה הבאה בעבירה רק דיפול לקיץ המזבח, אבל משקלא וטריא דסוגיין נשמע דאי איפשר לומר כן, דא"כ ליפלוג וליתני בדידיה, עוד זאת ישכיל הנבון מדעתו איך נעוץ ראש דבריהם בסופן, דלולא שהוכיחו ליסוד מוסד בסוף דבריהם מקרבנו ולא הגזול, דאי איפשר לומר כדרך השלישי הנ"ל שהוא מטעם הואיל דאי בעי מיתשיל עליה, ומפני דלקושטא הוא תורא דראובן וכמ"ש לעיל, אזי גם בקדשי בדה"ב נמי פטור מד' וה', ולמאי שכתבנו לעיל לחייבו רק בקדשי בה"ב ומסרו ליד גיזבר. איברא לאשר סמכו עצמן על מה שכתבו בסוף הדיבור דאי איפשר לומר כן כאשר מוכח מקרבנו ולא הגזול, וממילא מוכח דלאו משום דלקושטא הוי תורא דראובן ע"פ יסודי הדת, רק עפ"י משקל דברת בני אדם ועניני מכירות לענין ארבעה וחמשה, ושאר דברים חלוקות הם בהלכותיהן, ולהכי התחילו בתחלת דבריהם ליסוד מוסד שגם בקדשי בה"ב לחוד הגם דלא מסרו לגיזבר משלם ד' וה', ועיין היטב בכל הדברים ותמלא עונג בעזה"י, כי נכונים הם למבין וישרים למוצאי דעת :

יג **ולפי** מה שכתבנו [באות ה'] ניחא הא דסבירא ליה לרב ששת [דף ס"ח] דאינו חייב במוכר לפני יאוש דלא אהני מעשיו, ויש להתבונן דא"כ לאחר יאוש נמי לא יתחייב בסתם מכירה רק כשמכרו להדיא שלא באחריות, דבסתם מכירה אמרינן אחריות טעות סופר הוא אפי' במטלטלין, [כמבואר בש"ע סימן רכ"ה סעיף א' ובש"ך סי' ל"ז ס"ק כ"ה], ובאחריות לא אהני מעשיו לדעת הרשב"ם ותוס' ב"ב [דף מ"ד], והגה"ה [בסי' שס"א סעיף ה'] דאין זה שינוי רשות, ולמאי שכתבנו לעיל [באות ה'] דעיקר טעמייהו הוא לפי דאכתי לא נסתלק הגזלן לגמרי, שהרי באי כחו והוא בעל חוב דידיה יכול לגבותו ואכתי יש לו בו תפיסת יד לבעל חוב דידיה שמשעבד לו מטלטלי אגב קרקע, והא תינח לדידן, אבל לדינא דאורייתא לא מיבעיא לדעת תוס' ב"ק [דף י"ב] בד"ה אנא, דקנין אגב אינו אלא מדרבנן, אלא אפי' לדעת החולקים הרי מבואר בתשובת הרא"ש [כלל ע"ט סי' י"ב] דשיעבוד אגב קרקע הוא מטעם קלא וז"ל, דע כי עבדים משתעבדי באגב אע"ג דאין ניקנין אגב קרקע, כי שיעבוד וקנין תרי עניניס הם, קנין מטלטלין אגב קרקע בפירוש מקרא וכו' ועבדים לא הוו בכלל מטלטלין לענין קנין, והא דמטלטלי משתעבדי אגב קרקע אינו מטעם זה אלא כיון דשעבדינהו אגב קרקע אית להו קלא כמו קרקע וכל טריפת לקוחות בקלא תליא מילתא וכו' עכ"ל, וכיון דתליא בקלא בעל כרחו שהוא רק מדרבנן, דמדאורייתא לא מחלקינן בזה, וכן הוא בקצות החשן [סימן ק"ז ס"ק ז'] שמביא דברי קדשו, ולכן לענין טביחה ומכירה דקנסא הוא, ואזלינן גבייהו רק בתר דינא דאורייתא כדמוכח בב"ק [דף ע"א:] דפריך אלא למאן דאמר מעשה שבת דרבנן אמאי פטרי רבנן, ולא אמרינן כיון דמדרבנן אסרי הוי שחיטה שאינה ראויה מדרבנן, אלמא דבקנס אזלינן בתר דינא דאורייתא, וכן הוא בש"ך [סימן ר"ה], וכיון דמדאורייתא אין בעל חוב יכול לגבותו הרי אהני מעשיו מדאורייתא :

איברא עודנו אינו מתורץ לדעת כל הפוסקים שהרי לדעת הרשב"א [סוף קידושין ד"ה כתבינן לעיל] גם מטלטלי דיתמי ושמכר גובה מדאורייתא בלא אגב, ולדעת חידושי הר"ן שבועות מהני שיעבוד אגב קרקע מדאורייתא, מובא בקצות החשן סימן ל"ט [ובמק"א כתבנו ע"ד קצוה"ח אלו] וצריך לדחוקי נפשין דדעת הפוסקים דבאחריות לא הוי שינוי רשות סבירי להו כדעת תשובת הרא"ש הנ"ל :

יד **לכן** נראה לתרץ עוד באופן אחר, ע"פ מש"כ בזית רענן חלק ראשון [ד' מ"ג בהלכות איסורי מזבח הלכה י"ד] בתוספת ביאור, ובתפארת ירושלים [מס' ב"ק אות ע"ז], ותוכן הדברים לפי מה שגילו בעלי התוס' ורמב"ן במלחמות בעיקר קנינא דיאוש ושינוי רשות, אי הוי משום הצטרפות דיאוש בהדי שינוי רשות, או עיקר הקנין הוא ע"י יאוש לחוד, כמו אבידה דנקנה ביאוש, רק גבי גזלן עצמו לא נקנה לו על ידו משום דבאיסורא אתא לידיה, אבל גבי לוקח דבהיתרא אתא לידיה, שפיר נקנה ליה על ידי יאוש לחוד, ודעת הרמב"ן [פרק הגוזל בתרא] כטעם השני הנ"ל [ועיין שם בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש ושינוי מעשה, בסוף הדבור, וזה לשונו וכשם שאינו קונה אינו מצטרף לקנות לדברי הכל, כמו שאינו מצטרף בהדי שינוי רשות בשינוי רשות ואחר כך יאוש, שאע"פ שמצטרף עמו וקונה ביאוש ואח"כ רשות, שזה כללו של יאוש כל היכא דבאיסורא אתא לידיה לאו כלום הוא], ועיין תוס' ב"ק [ד' ס"ט] ד"ה כל בסוף הדיבור שנסתפקו בזה, ומסיום דברי הרמב"ן הנ"ל נתבאר דעיקר דבר זה תלוי בפלוגתא דאמוראי [ב"ק ד' קט"ו] דפליגי בשינוי רשות ואח"כ יאוש אי קני אי לא, דאי נימא דהקנין משום הצטרפות הוא, אזי אין חילוק בין יאוש ואח"כ שינוי רשות, או שינוי רשות ואח"כ יאוש, משא"כ אם נימא כטעם השני, דעיקר הקנין הוא מצד יאוש רק דבעינן שיבוא לידו בהיתרא אזי בשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה, כמבואר להדיא ברמב"ן הנ"ל: ובזה יתיישבו דברי התוס' ב"ב הנ"ל ושאר פוסקים, דכל עיקר הדבר דבמוכר באחריות לא מהני שינוי רשות, טעמייהו דידהו הוא רק אם קנין יאוש וש"ר הוא מצד הצטרפות, אזי מן הסברא דבמוכר

דבמוכר באחריות כיון שאחריות החפץ עצמו על הגזלן, דהא היאוש הוא רק לגבי גזלן, והגזלן עצמו הוא ניהו דקמקני ליה על ידי מכירתו, משום הכי הורע קנינו על ידי קבלת אחריות, משא"כ אם נימא כטעם השני דעיקר הקנין הוא מצד יאוש לחודא, רק דבעינן שיבא לידו בהיתרא, ונמצא דעל ידי היאוש הוא כהפקר לכולי עלמא, והמחזיק בה אין צריך להחזיר החפץ לגזלן רק הדמים מפני שצריך לשלם להנגזל, וכיון שכן עיקר חיובא דאחריות של הגזלן הוא רק על הדמים ולא על החפץ, כיון שעיקר קנינו בחפץ אינו בא לו מן הגזלן, ולהכי אין החיוב אחריות מגרע כח הקנין כיון שלא קנה ממנו מאומה, והחיוב אחריות אינו על החפץ, וכיון שבארנו דלמאן דאמר שינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני, סבירא ליה דעיקר הקנין הוא מצד יאוש לחוד, תו לא קשה למאן דבעי אהני מעשיו, איך יתחייב בד' וה' גבי מכירה, דיש לומר דסבירא ליה כמאן דאמר דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני, דתו אזדא ליה סברת התוס' הנ"ל, שהרי לא הורע כחו של הלוקח בקנינו שקנה ע"י עצמו לבד, מפני האחריות שקיבל המוכר על הדמים שנתן לו:

טו המהרש"א הקשה על קושיית תוס' ב"ק [דף ס"ז] בד"ה מעיקרא טיבלא, דמנא להו להקשות, דילמא לאחר יאוש קונה גם בשינוי החוזר לברייתו, ובפני יהושע הרחיב עוד לתמוה שהרי כן הוא להדיא בתוס' סוכה [פרק לולב הגזול] בראיה מוכרחת מעולבא שחוזר לברייתו, ואפי' הכי קנה בשינוי השם לאחר יאוש, והראה לי תלמיד א' מתלמידי המופלגים שיחיו בספר פני אריה שמיישב קצת תמיהתו, דקו' תוס' הוא דמסתמא אתיא אליבא דכולי עלמא, ולרב חסדא אמר ר' יונתן מנין לשינוי שאינו קונה וכו' ובע"כ דמיירי בחוזר לברייתו, דבאינו חוזר ליכא למאן דאמר. ולענ"ד נראה לתרץ ברווחא, דתוס' סברי דנהי דמוכח מעולבא דקונה בשינוי השם שחוזר לברייתו לאחר יאוש, זהו היכא דלשעתיה הוא מיהת שינוי השם, הגם שחוזר אח"כ מ"מ לא מהני לעקור למפרע, הגע בעצמך בעה"ב שחישב על מסכה לעשותו אברזין ונטמא ואח"כ חוזר ממחשבתו הראשונה לעשותן מנעלים, הכי יעקור ויבטל הטומאה שכבר ירדה רק לענין שלא יקבל טומאה מכאן ולהבא הוא דמהני חזרתו, אבל בתרומה דחוזר לברייתו ע"י שאלה דעוקר למפרע ונמצא שלא היה שינוי מעולם, מסתבר להו דיש מקום לומר דכל כהאי גוונא דנתבטלה השינוי למפרע לא מהני אפי' לאחר יאוש:

טז הרמב"ם [פ"ב מהלכות גניבה הלכה ו'] לא מפליג בין קדשי מזבח לקדשי בדה"ב, ופסק דגנב והקדיש אחר יאוש וטבח או מכר משלם תשלומי כפל ופטור מד' וה', וכן הוא דעת הרב בהלכות, והראב"ד סבירא ליה כדעת תוס' והרא"ש דגנב והקדיש לבדק הבית משלם תשלומי ד' וה', דמה לי מכרו להדיוט או מכרו לשמים, וראיתי ברמב"ן במלחמות ד' [פרק הגוזל בתרא תוך ד"ה אמר הכותב יש לי ראיות] דסבירא ליה ג"כ כדעת הרב לפי שדחאו הברייתא [דף ע"ט] מהלכה, ומביא ראיה מירושלמי עי"ש. אולם בעיקר הדבר לא גילו לנו טעמא של הלכה זו, כיון דבש"ס דידן ביארו הטעם משום דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן, ובקדשי בדק הבית כיון דלא שייך זה כמבואר בתוס' ובר"ש, נשמע ממילא דחייב. ונראה לפענ"ד לחדש טעם נכון לדבריהם, ולסעדו ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות ד' שכתב שם בהא דאמרינן בקדשי מזבח דמעיקרא תורא דראובן וכו' אבל שינוי השם הוי, לפי דנקרא השתא עולת ראובן, אי נמי אפי' שינוי רשות נמי איכא ואפ"ה פטור מד' וה' דכתיב ביה ומכרו כולו בעינן, וכיון דעדיין נטפל ליה נמי שמא דראובן, בהכי לא חייביה רחמנא:

ומעתה ניחזי אנן היכא דגנב ומכר בתנאי שימכרנה לאחרים ולא יחזיקנה לעצמו דהורע כחו של הלוקח בקנייה זו עצמו, מסתברא דפשיטא דפטור, דאין זה ומכרו כולו שהרי אינו יכול להחזיקו לעצמו, ולפי זה כשהקדיש בהמה גנובה לבדק הבית דעיקרא הוא לקדושת דמים למוכרו לאחרים, ואיננה ראויה שיחזיקו לעולם לקדושת בה"ב, דאין זה מכירה שיתחייב בד' וה' דומכרו כולו בעינן, ולא עוד אלא דבקדושת בדה"ב מיגרע גרע מתנאי מפורש, דהתם הוא רק מצד התנאי, אבל בקדושת בדה"ב דבעצמותו לא ניתנה רק למוכרו הרי זה כאילו עשאו לגיזבר שליח למוכרו לאחרים, [ודמי לדברי הטורי זהב ביו"ד (סימן קי"ז ס"ק ב') גבי נזדמן לו נבילות וטריפות דרשאי ישראל אחר לקנות הימנו בזול ולמכור לעכו"ם ביוקר, ולא דמי לפירות שביעית דאסור בכי האי גוונא, דהתם ראויים ללוקח לגופן משא"כ בנבלות וטריפות כיון דאינם ראויים לו, הרי זה כאילו עשאו שליח מעיקרא עיי"ש], וסבירי להו להפוסקים כיון דבמתניתין סתמא קתני גנב והקדיש, משמע בין קדשי בדק הבית בין קדשי מזבח, וקושיית הש"ס מה לי מכרו להדיוט וכו' לא קאי אלא על קדשי מזבח לחוד דשייך גביה ומכרו כולו שהרי יחזיקו בגופו, ועל זה הוא דמתרצינן דעודנה לית ביה ומכרו כולו שעודנה נטפל ביה שמא דראובן, אבל בקדשי בדק הבית לא צריכינן לפוטרו משום שמא לבד, שהרי שייר בעצמותו שאינם יכולין להחזיקו בגופו רק למוכרו לאחרים:

יז ולפי"ז אפשר לחתור ולמצוא מקום גם לברייתא [דף ע"ט] דקתני גנב והקדיש משלם ד' וה', דתליא בפלוגתא דלעיל [ד' ע"ח:] גבי מכרו חוץ מאחד ממאה שם בגמרא, ורב דאמר כמאן, אמרי רב דאמר כהאי תנא וכו' חוץ מידה וחוץ מרגלה אינו משלם, חוץ מקרנה חוץ מגיזותיה משלם, ופסקינן שם כרב [כמ"ש הרמב"ם פ"ב מהלכות גניבה הלכה י"א], הרי כל כמה דשייר בגופה בדבר הניתר בשחיטה, אלמא דגופה היא כיון דלא הותרה אלא בשחיטה הוי שיור, אבל קרנה וגיזותיה דלאו מגופה היא לא הוי שיור, ומש"ה נמי בקדשי בדק הבית דשייר בגופה שהרי אין ביכולתו רק למוכרו לאחרים, ומש"ה פטור מד' וה' דהרי [גבי טביחה] מתיר בשחיטה לו ולאחרים בעינן, הכי נמי במכירה בעינן שיהיה קנוי לעצמו, וכל כמה שאינה קנויה לעצמו כלל רק לאחרים לא קרינן ביה ומכרו כלל שהרי שייר בגופה:

איברא לרבי דסבירא ליה שם דדוקא דבר המעכב בשחיטה דהיינו שנעשה על ידו נבילה מיחייב, עיי"ש בפירש"י, הרי דאע"ג דשייר יד ורגל הרי זה מכירה לחייבו בד' וה', הוא הדין נמי בקדשי בדק הבית שהרי כעין זה לא מלינו שיעכב בשחיטה, ומשום הכי שפיר הוי מכירה לחייבו בד' וה', אבל בקדשי מזבח אפי' לתנא דברייתא פטור, ולא משום טעמא דרמב"ן הנ"ל אלא משום דלפי מדברות בני אדם אין זו מכירה דמעיקרא תורא דראובן, וכמ"ש לעיל לדעת תוס', שהרי אפי' כשהקדישה לבדק הבית לפני יאוש משלם ד' וה' כמ"ש התוס' בד"ה גנב והקדיש [דף ע"ט], אע"ג דלכולי עלמא לא קדיש ולא מהני מידי, כיון דבשמו הוי הקדש מיקרי מכירה לגבי ד' וה':

יח כתב השיטה מקובצת ב"ק [דף ע"ו בד"ה מעיקרא תורא דשמעון] וזה לשונו, וא"ת הא לעיל גבי קרבנו ולא הגזול פירשנו דכי הקדישו לאחר יאוש קני ליה ביאוש ובשינוי רשות אפי' למאן דאמר דשינוי לא קני, דמחמת שינוי השם לא מלינו למימר דהכתי לא אתינן להאי טעמא עד בתר הכי, אלמא חשיב הקדש דקרבן כמכירה, וי"ל אע"ג דהכא לא הוי הקדש כמכירה כיון דשם בעליו עליו מ"מ לענין קנייה חשיב שפיר שינוי כמכירה, ועוד י"ל דודאי לפי מה דסברינן לעיל דהקדש חשיב שינוי רשות, לא ידעינן האי מסקנא דהכא דטעמא דמתניתין הוי משום דלא חשיב הקדש מכירה משום דשם בעליו עליו, ולפי מסקנא זו דהכא ודאי כדאמר לעיל משום שינוי השם עכ"ל. ויש להבין למאי שכתבנו לעיל [באות ח'] היך אפשר לומר דגבי קרבנו ולא הגזול ליכא שינוי רשות, למסקנא דמשום דמעיקרא תורא דראובן לא מיקרי שינוי רשות, דהא לגבי גזול דמשמע שידוע שגזולה הרי מעולם לא נקרא על שמו כיון שפסול להקריבו משום מצוה הבאה בעבירה, והרי נופל לקיץ המזבח, דבשלמא בדעת תוס' בקושייתם דדבריהם קאי לסלקא דעתא דלא משום שנקרא בפי הבריות על שמו, אלא דלקושטא עודנו ברשותו משום דהואיל דאי בעי מיתשיל עלה וכמ"ש לעיל [באות י'], אבל לקושטא מוכח להדיא דאי אפשר לומר כן למסקנא, דא"כ גנב של הקדש נמי יתחייב מהאי טעמא, וי"ל דהכי קשיא ליה דהרי אליבא דרבה דסבירא ליה בידוע נמי מחלוקת, וא"כ אליבא דרבנן דר"ש בע"כ צ"ל דקרא דקרבנו דרשינן ולא הגנוב, דבגזילה ליכא יאוש כלל, ואפי' הכי קנוי להקדש אע"ג דבגניבה ליכא שינוי רשות מהאי טעמא דמעיקרא תורא דראובן, ועל זה תירץ שהוא לסלקא דעתא דהכתי לא ידעינן מהאי טעמא דלקמן, ולמסקנא דלקמן אמרינן דהא דקנוי להקדש הוא מטעם שינוי השם, וסבירא ליה דשינוי השם החוזר לברייתו קונה לאחר יאוש, [וכמו שכתבתי באות י"א]:

עיין

סימן פד

עוד בענינים אלו

א עיון בשמ"ק בב"ק [דף ל"ג] בד"ה מתניתין מני ר"ע היא בסוף הדיבור וז"ל, וכן בגזלן גמור אם הקדישו הנגזל ואח"כ העמיד את הגזלן בדין והוציאו מידו בב"ד, הכי נמי דקדוש, והא דאמר ר' יוחנן דאינו קדוש הוא היכא שלא הוציאו בדיינים, הרא"ש ז"ל עכ"ל. ואינו מובן כיון דבשעתיה לא קדיש דאינו ברשותו, ומי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש וכו'. ונראה לתרץ ע"פ דברי תוס' גיטין [ד' מ':] ד"ה והקדש וכו', תמצית דבריהם שם דהיכא שאינו יכול לסלקו במעות וגבה אם מכרו גובה מן הלוקח ואינו יכול לסלקו בזוזי, אזי גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, ואם אקדים מלוה קודם שטרפו מהני למפרע, ולדברי תוס' האלו נכונים הדברים, כיון דנשתעבדו נכסי דגזלן משעת גזילה, וגם אם ימכור לאחרים מוציאו מיד הלוקח ואינו יכול לסלקו בזוזי, אזי לכ"ע למפרע ה"ג:

ובזה יישבתי בימי חרפי דברי רמ"א [סי' רע"ה סעיף י"ד] וז"ל, ואפי' נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מייאש מיקרי מוחזק עכ"ל. ותמה בקצוה"ח שם דהא אמר ר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' ואם תמצא לומר כיון דהדרי בעינא אינו דומה למלוה ומיקרי מוחזק דא"כ אף לאחר יאוש נמי, ועתה ראיתי בביאור הגאון החסיד זצוק"ל שתמה ג"כ בזה והוסיף עוד להקשות מברייתא שם שהקשה שם בגמרא השתא מוחכרת וכו' דלא ברשותא דמרא וכו' רועה באפר מיבעיא, והשתא אם נימא דאפי' בגזול נוטל פי שנים, יקשה לו גם מרישא השתא בגזול נוטל, מוחכרת וכו' מיבעיא, ויישבתי זה שנים כבירים קו' קצוה"ח הנ"ל ע"פ דברי תוס' והרא"ש מובא בשמ"ק ב"ק הנ"ל דהיכא דיכול להוציאו בדיינים ואינו יכול לסלקו בזוזי, ואם מכרו מוציאו מן הלוקח בדין, אזי לכ"ע למפרע ה"ג ואי זבין מלוה שפיר זבין, ומידי הוא טעמא דאינו נוטל בראוי משום דכתיב לתת מתנה קרייה רחמנא, והכא בגנב ולא נתייאשו הבעלים בעל כרחו שיש לו עדים איירי, [דומיא דקרקע גזולה דכתב רמ"א דאיירי דוקא בדאיכא עדים ויכול להוציאה בדיינים, כדאיתא במסכת ב"מ ד' ז' ע"א גבי מסותא], (דאל"כ מסתמא מייאש) ויכול להוציאו בדיינים והוציאו, וכיון דאי זכי הבעלים מהני להכי נוטל הבכור פ"ש כיון דראוי לתת, אבל לאחר יאוש הגם דיאוש כדי לא קני, כיון דאם מכרו שוב אינו יכול להוציאו מן הלוקח דקנייה ביאוש ושינוי רשות שפיר מיקרי ראוי, כיון דבכהאי גוונא אמרינן דמכאן ולהבא גובה ואינו ראוי לתת:

וקו' הנ"ל מקושיי' הגמרא מסיפא מכלל דרישא ניחא, נראה דמדקדוק לשון הרא"ש בשיטה הנ"ל משמע דדוקא שהוציאו בדיינים ועי"ש, ואין מן הסברא לומר דהיכא דיכול להוציאו בדיינים ונתן לו מעצמו, דישתנה הדין לענין הקדש ומכירה, רק דבא להורות לן דדוקא היכא שיכול להוציאו בדיינים אזי אפי' כשהחזיר מעצמו אמרינן דלמפרע שלו. איברא זהו בגזול שכבר נכנסו לרשות הגזלן, אבל במוחכרת ומושכרת אפי' דלית להו עדים כלל אפ"ה לא הוי ראוי, ועי"ש [דף קכ"ד.] בפירוש רשב"ם בד"ה ירשו שט"ח וכו' דבמלוה ע"פ אפי' לרבי אינו נוטל פ"ש, כיון דיכול לטעון פרעתי הוי ראוי, אבל מושכרת אע"ג דיכול לכפור מיקרי מוחזק [וכן כ' בקצוה"ח שם סס"ק י"ד דמשמע מהפוסקים כן]:

ב ועפ"י דברינו מתורץ על נכון קושיית השאגת אריה שהקשה [בסי' פ"ע] על הא דאמר ר"ח בסנהדרין [ד' קי"ב] עיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת מותר, דעיסה כמאן דפליגי דמיא, וכן פסק הרמב"ם, ותמה דאנן פסקינן דבדאורייתא אין ברירה ואכתי מידי ספיקא לא נפקא, ונראה דבפשטא מיירי שקודם שנגמר הדין נתן לו אחד מעיר אחרת דמים לעשות לו עיסה בשותפות והניח בפקדון אצלו עד שיבא ויטול את שלו וכן עשה ואח"כ נגמר הדין של עיה"נ, וא"כ כבר נעשה שומר חנם, ועיין כתובות [ד' נ"ד:] דאיכא תרי לישני, אם נשתעבדו נכסי השומר משעת משיכה או משעת שנאבד הפקדון מידו, ועיין בחו"מ [סימן שמ"א סעיף ד'] דרי"ף ורמב"ם פסקו כלישנא קמא דנשתעבדו משעת משיכה, ועיין יבמות [דף ס"ו:] גבי איצטלא דפרסוה אמיתנא, אמר רבא קנייה מיתנא

והאמר רבא הלכה כר"י [דיכולה לומר כליי אני נוטל] מי לא מודה ר"י דמחוסר גוביינא וכו' רבא לטעמיה דאמר הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שיעבוד, ועיין גיטין [ד' מ':] בתוס' ד"ה הקדש שפירשו, דזהו לטעמיה דרבא דסבירא ליה בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, לכן אם הקדישו קדושת הגוף וכן בחמץ ושחרור אמרינן כיון דחל שעה אחת שוב לא נפקע, אבל לאביי דס"ל למפרע ה"ג ונקנה לו למפרע, אזי נפקע הקדישו ושחרורו למפרע, [ביאור כוונתם דלעולם נקטינן בכלם מאזני צדק כאילו לא נתחדשה המקרה ההוא שדנין עליה, לכן גם עתה שנתחדשה המקרה לא נשתנה דינו מפני שמן מנהו, לכן גם בנידון זה אילו לא הקדישו הלוה הרי בא לידי גוביינא לבסוף ונקנה לו למפרע לכל דבר, גם עתה שהקדישו הלוה קדושת הגוף לא נגרע כחו של מלוה, ואמרי' שיבא לידי גבייה, ואזי ממילא נפקע כחו של הקדש למפרע מפני קנינו של מלוה שקנוי לו למפרע ולא אמרינן להיפוך שלא יבא לידי גבייה וחייל ההקדש בשעתו, וכיון דחייל שעה אחת תו לא נפקע, משום דכלל זה נקוט בידינו דלעולם היכא דתרתי סתרי אהדדי אזלינן בתר שעתא שלא נתחדשה המקרה, וחדש מפני ישן תוציאו, ועיין חולין (דף ז') בספק במקרה, ובזי"ר ח"ב דף מ"ו סימן י'], והקשו התוס' בסוף הדיבור דהא באיצטלא שאין יכולין לסלקה בזוזי גם לרבא למפרע הוא גובה, ותירצו כיון שאם מכרוה יכולים לסלקה בדמי לא נקנה למפרע, עד כאן תמצית דבריהם, ומזה נשמע דהיכא דאינו יכול לסלקו בזוזי לא הוא ולא הלוקח אזי גם לרבא למפרע הוא גובה, ואי הקדישה מלוה או זכנה שפיר דמי, ולכאורה יש להתבונן בין לאביי בין לרבא היכא דאינו יכול למוכרו ולסלקו, אמאי מהני מה שהקדיש או זכנה, כיון דתליא בגבייה דלבסוף ואולי לא יבא לידי גבייה, ובדאורייתא אין ברירה, אלא דנשמע מזה כיון דמעכשיו נשתעבדו כל נכסי דלוה ואין יכול למוכרן כאדם העושה בשלו, וכמ"ש רש"י פסחים [דף ל':] בד"ה כ"ע לא פליגי כו' וז"ל שם ואע"ג שהם שלו אינם ברשותו ורחמנא אמר ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו וכו', נמצא שכבר משעת הלואה יצאו מרשותו, וכבר נכנס בגדר קניי' אלא שלא נגמר אלא לבסוף, וכל כי האי גוונא לכולי עלמא יש ברירה, ועד כאן לא אמרינן אין ברירה אלא היכא שנתברר הדבר לבסוף עיקר הדבר מכל וכל מתחלתו ועד סוף, משא"כ היכא שכבר נתברר תחלתו מיד, ורק שלבסוף נתברר גמר הדבר לכ"ע אמרינן יש ברירה, וכעין שכתב הר"ן בפ' השותפין גבי קונס בחצר שאין בו דין חלוקה, ועיין רשב"ם ב"ב [דף ס"ז סוף ע"א] בד"ה כיון שהחזיק וכו', תמצית דבריו כיון שקיבל דמי כולם ונשתעבדו ללוקח [כיון שכבר יצאו מרשותו כמ"ש רש"י בפסחים הנ"ל], לכן מהני חזקה קלישתא כזו לגמור קנינו, ולפי"ז ניחא גבי עיסה של עיה"נ דכיון דעד שלא נגמר דינו, הרי מה שנוטל הוא שלו למפרע, דממה נפשך אם מגיע את חלקו הרי הוא שלו מתחלה ועד סוף, ואם מגיע לו חצי של חבירו, וחצי שלו חלוט ביד הנפקד הרי כבר נשתעבד לו מתחלה, דר"ח ס"ל כלישנא קמא, וכיון שאינו יכול לסלקו בדבר אחר כי אם מעיסה זו נתחייב לו בחציו, וכן הלוקח מידו צריך ליתן לו החצי מעיסה, וכל כהאי גוונא הרי הוא שלו למפרע לכל דבר, לכן גם עתה שנתחדשה המקרה כזאת ונגמר דינו תו לא נשתנה דינו ולא חייל כלל הגמר דין על חציו ולא נאסרה על ידו, כיון דלמפרע הוא שלו לכל דבר, וכמו באיצטלא דלא חייל איסורו לאביי, דכל היכא דאיתא לתרתי דסתרי לא נשתנה דינו מאשר היה לפנים בשום דבר, וכמו שכתבתי לעיל:

ג ועפי"ז מתורץ קושיית הקצוה"ח בשם בנו הרב הג' ז"ל [בסי' שפ"ו ס"ק ז'] שהקשה על הא דאיתא בריש פסחים, דעד כאן לא אמרינן לר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי אלא היכא דליתא בעינא, ובסנהדרין [דף קי"ב:] איתא דלר"ש גם בקדשים שחייב באחריותן לא הוי שלל שמים משום דבר הגל"מ מיקרי בעלים, והרי התם איתא בעינא, ועפ"י הנ"ל ניחא כיון דאיכא תרתי דסתרי, דאם עבדינן כדינא דעיר הנדחת הרי ליתא בעינא, שלמפרע הוא של הבעלים משום גורם לממון, ואם לא נעבד בהו כדינא הוי למפרע של הקדש, אזי נקטינן הדבר בתר סופי' ועבדינן בהו כדינא, וכסברת התוס' גיטין הנ"ל, דלאביי לית ליה דהקדש מפקיע מידי שיעבוד, אחר זה עיינתי שם בפנ"י שמפקפק על סברת התוס' הנ"ל, דנימא איפכא דלא יגבה ולא נפקע קדושת הגוף, כיון דכבר חל שעה אחת, ולמאי שכתבתי ניחא, דסברתם מוכרחת מסוגיא דסנהדרין ופסחים הנ"ל

הנ"ל , [ועמ"ש לעיל סי' מ"ג אות ז' לתרץ קושיית הפנ"י באופן אחר]:

ד **עוד** שם בקצוה"ח בסוף הדבור וז"ל , ובתוספתא פ"ד דב"ק שור של הקדש הבעלים נוטלים את נזקו ונותנים את נזקו עיי"ש , ומשמע דאתיא כר"ש דדבר הגורם לממון כממון , ומדקתני נותנים את נזקו , משמע דאפי' איתנהו בעינא הוי ליה דבר הגורם לממון וכממון ול"ע עכ"ל , ולמאי שכתבתי לעיל אתי שפיר , עיין תוס' ב"ק [דף נ"ו:] בד"ה פשיטא , בטעמא דהוציאוה לסטים חייבין , וז"ל דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים , דכיון שהוציאוה מרשות בעלים שהיו חייבים בשמירתה , ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגזלן לשומרה , דלענין נזקין איקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה וכו' עכ"ל, הרי דגם בגזלן שבא לידו שלא מדעת הבעלים , משלם את נזקו גם בתם שמשלם מגופו , כיון דבידו לשומרו בעלים מיקרי לענין נזקין , ולפי"ז אשכחן פתרא לדברי התוספתא , דמיירי בתם שמשלם מגופו , וכיון שאחר הגבייה נסתיים הדבר דכדין גבייה , משום דהא הוי גורם לממון , אזי גבי שפיר , ואזלינן בתר סופו , דהא חיוב שמירתו עליה רמיא, כיון דחייב באחריותו , ולא גרע מגזלן , וגם רשות הקדש לא נפקע עי"ז , דהא מצי הניזק להקריבו לעצמו , רק זכות המקדיש יופקע עי"ז, דהא כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים אלא שלא עלו לבעלים לשם חובה , ונמצא דגבייתו אינו מגרע זכות הקדש , רק זכות המקדיש שיהיה מוכרח להביא קרבן אחר , ומשום הכי נקטינן פני הדבר בתר סופו , ושפיר גבי :

ה **אמנם** אכתי קשיא דברי התוספתא , דמשמע בפשטא דמיירי גם במועד , מדנקט התם גבי הנך בבי דקתני גבי', לחלק בין תם למועד ובזה לא חילק משמע דמיירי גם במועד , ויש ליישב דברי התוספתא. בהקדם דברי התוס' כתובות [דף נ"ג] בד"ה אי , וז"ל מכאן יש להוכיח דאע"ג דאמרינן לעיל בפ' הכותב דדינו דבע"ח בזוזי היכא דאית ליה זוזי , מ"מ אם הפסיד הלוה בכך לא יתן ליה זוזי וכו' עכ"ל , ומוכח מדבריהם דכ"ש היכא דאיכא פסידא דמלוה או דניזק אם יטול זוזי , דמחוייב לשלם לו בדבר אחר שלא יגיע לו הפסד מזה , דהא בכמה דוכתי מצינו דחששו לפסידא דמלוה וניזק משום נעילת דלת , [עיין ריש סנהדרין ומאי טעמא אמרו דיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לווים , וכן מטעם זה לא בעינן מומחין , ועיי"ש בתוס' ד"ה שלא , דחששו ג"כ שתנעול דלת בפני גזלנים], ובזה מודה גם הרא"ש דפליג התם על דברי התוס' עיי"ש , משא"כ התם גבי בע"ח דכיון דדינא דבע"ח בזוזי , והשתא דרצה לסלק לו בקרקע הרי אתי לגרוע דינו ולהפסיד זכותו , א"ל לקבל רק כפי דינו , אע"ג דע"י זה יפסיד השני לגמרי , משא"כ בשור המועד דלניזק הוא דאית ליה פסידא ולא למזיק , דכל היכא שאינו משלם רק כדי נזקו , או כפי נשיו לא מיקרי פסידא כמובן , ולפי"ז יתיישב היטב דברי התוספתא דכיון דאיכא פסידא דניזק שלא יגבה כלל , אזי ודאי גם במועד משלם מגופו , ויכול הניזק ללקחו ולהקריבו לעצמו , ולא יעלה לבעלים לשם חובה , ויתחייב להביא קרבן אחר , וכיון דבסופו גורם לממון הוה אזי דנין הדבר על שם סופו כנ"ל :

וגם בלא זה נראין הדברים דבנדון דידן גם במועד משלם מגופו , דכיון שידחה עיקר הגבייה בלא זה , ובמועד משלם מן העליי' ואין לך עלייה גדולה מזו :

ו **הקשה** תלמידי החריף והשנון מו"ה צבי מיכל נ"י , דסוף סוף בין בתם ובין במועד לא איפשר שיזכה בו כיון דהקדש הוא , ונהי דבעלים הראשונים לא יצאו ידי חובתם , אבל גם הניזק מסתברא דלא יצא ידי חובת נדרו, כיון דלא זכה בו , ונמצא דכל עיקר גבייתו אינו כדי להרוויח לעצמו רק להפסיד לבעלים, ואמרתי לו דכשם דאמרינן להדיא בב"ק [דף ע"ו] דבקדשים דחייב באחריותן , לר"ש מחייבין לגנב ד' וה' כשגנבן והקריבן בפנים שלא לשם בעלים דוקא כדאיתא שם , אלמא דאית ליה זכייה בגווה להתחייב באחריותן ע"י משיכה שמשכו לרשותו , הכי נמי אית ליה זכייה ע"י גוביינא דבי דינא לקנותו לגמרי כפי ענינו שיצא ידי חובתו להקריבו בשבילו , דתרווייהו שווין בענין זה באיכות קניינם , וכן איתא להדיא בפ' השוכר את הפועל [דף ע"ג.] בד"ה ומאי לא ניתן להשבון בסוף הדיבור וז"ל אבל גזל דבאיסור אתא לידיה , אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל עכ"ל :

סימן פה

בדיני האוסר דבר שאינו שלו

בעזה"י קיץ תקפ"ה לפ"ק קוואהל יע"א .

א **דברי** רש"י במס' חולין [ד' מ'] בד"ה שיהא , התמוהים משתי קושיות התוס' ד"ה רבותא , דמגזל ולא נתייאשו הבעלים מוכח דאפי' בדאגבהה לא הוי שלו , ועוד דמאי פריך לקמן על ר"נ מהמטמא וכו', הא התם מיירי באגבהה והוי שלו . ג] קושיית התוס' בד"ה ת"ש , דמאי משני באית ליה שותפות , הא אמר התם למ"ד מנסך ממש , לא בעי למימר מערב דהיינו מדמע , ולפי תי' הגמרא קשה הא אכתי היינו מדמע . ד] קושייתם בד"ה בישראל , וז"ל וקשה דא"כ אמאי חזר והקשה קושי' שכבר תירץ . ה] גם תמוהים לענ"ד דברי רש"י ד"ה בשוגג וד"ה פטור , דממנ"פ איזה מכון שיהיה , לא הוצרכנו לפטור שוגג מטעם היזק שאינו ניכר , [כמו שפי' רש"י בד"ה פטור עיי"ש] , דהכא בהגביה ע"מ לאוסרו איירי , ואי שוגג שלא ידע שהוא של חבירו , הא אנן פסקינן היכא דסבור שהוא שלו לא הוי גזלן לחייבו אשעת הגבהה, רק מזיק מחוייב אף בשוגג דאדם מועד לעולם , וא"כ בשוגג פטור בשעת הגבהה מטעם דלא ידע , ובשעת ניסוך הוה קם ליה בדרבה מיניה , [וזה מבואר בש"ך (בסי' שמ"ח ס"ק ו') , ואף דמביא שם דברי נ"י בנתנו לבכורות בנו , דאף דלא ידע מחוייב אשעת הגבהה , עיין נתיבות (סי' שמ"ח ס"ק ד') שמישבו על נכון], ואם תימא לומר דדברי רש"י דפוטר שוגג מטעם היזק שאינו ניכר , קאי על שוגג שלא ידע שאוסרו במעשה , מ"מ קשיא דמאי קעביד , דהא סוף סוף כיון דלא נטלו להחזיק בו רק לנסכו , והיכא דלא ידע שאוסרו בניסוך זה מאי קעביד , דלא הוי רק שואל שלא מדעת, דנוטלו לשם תקרובת עבודת כוכבים ולהשתמש בשל חבירו , ומוכח מדברי תוס' בב"מ [דף מ"א:] ד"ה חדא, דהיכא דהוה שואל של"מ אינו חשוב כאילו כבר נשתמש בשעת משיכה לבדה , ואף אם תמצא לומר דרש"י פליג בזה דחייב משעת משיכה , מ"מ היינו דוקא היכא דמשיך לשם תשמיש המחסר , אבל כאן הוה תשמיש שאינו מחסר דהוי היזק שא"נ , וגם לפי דעתו לא הוה היזק כלל , דלא ידע שנאסר במעשה זה , ומבואר בחו"מ [סי' רנ"ב ס"א] דהיכא דמשיך לשם תשמיש שאינו מחסר אינו מחוייב רק משעת תשמיש , ובשעת תשמיש קם ליה בדרבה מיניה . והנה באמת דברי רש"י שפי' דפטור מטעם היזק שא"נ מוכרחים , חדא דליהוי דומיא דהמטמא והמדמע , ועוד מקושי' הגמ' בגיטין [דף נ"ג] והא מנסך דאורייתא ולא קניס , דהא גם במזיד היכא דהוה קם ליה בדר"מ פטור , ולא מחייבינן ליה רק אשעת הגבהה , ובשוגג לא נוכל לחייבו אשעת הגבהה , ושוב פטור מטעם קלבד"מ ולא גדול כחו של שוגג ממזיד , אלא ודאי דאף בשוגג לא שייך קלבד"מ , ולפי שיטת רש"י דבעל מנת לאסרו איירי , הדרא קושיא לדוכתא , דאמאי אינו פטור מחמת חיוב מיתה כנ"ל , ועיין תוס' גיטין ריש ד"ה מנסך , וגם דברי חזקי' דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב , קאי גם על מנסך , וגם דברי רש"י סותרים זא"ז דבגיטין פי' רש"י דאיירי בהגביהו על מנת לגוזלו , גם דברי רש"י בד"ה פטור , לכאורה הוא שפת יתר ,דלענין מאי הביא רש"י קושי' הגמ' ותירוצם שם :

ב **ונלפענ"ד** ליישב , דהנה הא דאדם יכול לאסור את של חבירו מכלים דהאי ילפינן ודוקא במעשה , ועיין יבמות [דף פ"ג:] תוס' ד"ה אין וכו' וז"ל וא"ת מאי שנא מנותן נבלה או חלב בתבשיל של חבירו שנאסר , וא"ר"י דבדבר התלוי במחשבה הוא דאמר הכי כגון משתחוה לבהמת חבירו דסוף פ"ב דחולין דאפילו עשה בה מעשה כגון ששחט , איכא למאן דאמר דלא אסרה ואיסור כלאים נמי תלוי במחשבה , כדאמר במס' כלאים גבי הרואה ירק עכ"ל , עיין ר"ש כלאים [פ"ז משנה ה'] שמביא תי' תוס' הנ"ל , וז"ל ולא יתכן דהרי העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים , אלמא אוסר אע"ג דתלי במחשבה כדאשכחן בפ' א"מ הכניסה לרבקה ודשה כשרה משום דלא ניחא ליה , אלא כל הני היינו טעמא גבי עכו"ם לאו שמי' תקרובת כיון שאינו שלו עכ"ל יעויי"ש , ויש להקשות לדעת ר"ש , דבע"ז [דף נ"ד] ובחולין אמרינן

אמרינן דנעבד של אחרים מותר, וגם בזבחים דהקשה בגמ' [דף קי"ד ע"א] אמוקצה ונעבד, והא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ובנעבד לא שייך האי טעמא, שהרי מקרא מלא דיבר הכתוב וראית את השמש ואת הירח וגו'. א"ו בע"כ צ"ל דכל המבוכה שעמדו בזה בעלי התוס' ור"ש הוא דוקא על מעשה, אבל בלא מעשה בודאי אינו אוסר דלא מלינו מדבר ואוסר אלא גבי קונם, ובקונם גופיה אין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, ולהכי אמרינן שפיר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו גבי מוקצה ונעבד שלא עשה מעשה בגופיה:

לכן נראה לפענ"ד לשדד את פני המבוכה הזאת, וליישב גם דעת בעלי התוס' הנ"ל, ומתכונת הדברים כך הוא, דדוקא באיסורי הנאה הוא דפליגי אפי' ע"י מעשה, כגון המסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו, וכן בתקרובת, כיון דהוי תרתי, איסורי הנאה, וגם דתליא במחשבה [ועיין מש"כ לקמן סוף אות ו'], אבל באיס"כ דלא תליא במחשבה, כגון בשר בחלב וכדומה, כ"ע מודו שנאסר ע"י מעשה אפי' בשל חבירו, וכן בדבר התלוי במחשבה ולא אסרו בהנאה ע"י מעשה כזו, אפי' שנאסר בהנאה ממילא מחמת שהוא של הקדש, כגון העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת, כיון דלא אסרו ע"י מעשה זו בהנאה, רק שפסלו לעבודה ע"ג מזבח או שפסלו להזייה, יוכל לאסור ע"י מעשה לכ"ע:

וטעם הדברים לפי דמלינו בכל איס"כ שאלו הן, רק דהוי אינו ברשותו כמבואר ר"ן נדרים [דף מ"ג] ד"ה והוי יודע כו' עי"ש, וכן מבואר בריטב"א סוכה דאיס"כ חשיבא לכם, ואפ"ה אינו ברשותו, כמבואר דחמץ אינו ברשותו, וכ"ז מבואר בתשו' הריב"ש [סימן ת"א], ואם כן היכי יכול להוציא מרשות בעלים דבר שהוא ברשותם, שהרי גם בגזלן אינו יכול להוציא מרשות בעלים אלא בקנין, כמבואר במרובה [דף ע"ט] גבי היה מושכו ויוצא, ובכמה דוכתי, לזה הוכרחנו ללמוד מכלים דאחז, דבמעשה יכול להוציא מרשות בעלים, ואף דבגזלן הוצרך דוקא לעשות קנין בהגבהה או משיכה, לפי דהפרש יש בין גזלן לאוסר, דגזלן מכניס לרשותו, משא"כ האוסר דגם לרשותו אינו מכניסו, וילפינן שפיר מכלים דאחז, דדי במעשה לבד לרב הונא, ולמאן דס"ל דאין אדם אוסר אפי' במעשה, סובר דשאני כלים דאחז, כיון דאינו נאסר רק לגבוה, אבל לאסור בהנאה אינו יכול אפי' ע"י מעשה, כיון דהוצרך להוציא מרשות בעלים לא יצא מגדר הקנאה וקנין, כדאמר רבא ביבמות [ד' ס"ו:] גבי אילטלא דפרסוה יתמי אמיתנא קניי' מיתנא, משמע דאיסורי הנאה מכונה בשם קנין, לפי שמוציאו מרשות בעלים, ונמלא למאן דס"ל דמעשה אוסר באיס"כ, יש שלשה סוגים בגדרי קנין. האחד, בדעת אחרת מקנה, דמוציא מרשות בעלים ומכניסו לרשותו, ושיהיה שלו לגמרי, אזי לריך לקנין גמור שימשכנה לרשותו או לסימטא דוקא. והשני, בגנב וגזלן, דמלרכינן להגבהה ומשיכה, ואפי' כשמשכו לרה"ר נמי מהני כמ"ש התוס' כתובות [ד' ל"א:] בד"ה וברה"ר יעויי"ש, לפי דלא מהני רק להכניסו לרשותו, אבל לא שיהיה שלו לגמרי. והשלישית, באיסורי הנאה, שגם לרשותו אינו מכניסו, רק שמוליאו מרשות בעלים לחודא, בזה ס"ל לרב הונא שגם במעשה לחודא מהני להוליאו מרשות בעלים, ואינו לריך להגבהה ומשיכה דוקא:

ג ועתה נתורה לא ונראה בגדרי קנין ורשות, ונראה בעליל מדעת רש"י שגם בגנב וגזלן היכא שאינו מכניסו לרשותו שיתחייב באחריותם, כגון היכא שבטעות באו לידו, דגבי גו"ג לא חייבה רחמנא על השוגגין [דדוקא במזיק הוא דריבה רחמנא, דאדם מועד לעולם], אבל מ"מ הוליאו מרשות בעלים לגמרי לכל דבר, כדאית' להדיא ב"ק [ד' ס"מ] כל שלקטו עניים יהיה הפקר, ופירש"י שם דאיירי בגוונא שבטעות אתי לידם, דהני שבלים לקט ושלשה אינן לקט, והעניים אינם בקיאין בהלכה, ואיתא שם דלנוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד, דהכרי שגם באינו ברשותו יכול להקדיש ולהפקיר יעויי"ש. הרי דאע"ג שלא נכנס לרשותם להתחייב באחריותם, מ"מ יצא מרשות בעלים, [ועיין מש"כ בזה בזי"ר ח"ר בדיני מעילה אות א', ליישב דברי ריטב"א קידושין], שהרי כל היכא דבטעות אתי לידיה לא נתחייב באחריותן, שלא ריבתה תורה את השוגגין, אלא לגבי מזיק ולא לגבי גו"ג. אמנם אם נשתנה אח"כ כגון טלה ונעשה איל, אזי אפי' בכה"ג דבטעות אתי לידי' קנאו בשינוי, שהרי קא שקלי וטרו גם בשואל אם שמין את השברים למשאיל, עי' בב"ק [ד' י"א], ואע"ג דפסקינן שם דלכל שמין חוץ מגו"ג, משום דבשאלה איתא לגמרי ברשות בעלים, דמידי הוא טעמא דבמזיק שמין משום דשינוי לא מהני אלא כל היכא שכבר יצא מרשות בעלים, אזי מהני שיהיה שלו, אבל לא מהני לשני דברים כאחד להוליאו מרשות בעלים, ושיהיה שלו לגמרי, הגע בעלמך אטו אם הניח להם אביהם עגל גזולה ונעשה שור בידם הכי נשתנה דינם מאביהם, הרי דאע"ג שלא נתחייבו באחריותן, מ"מ כיון שכבר יצא מרשות בעלים קנאוהו בשינוי, נידון מזה שכל היכא דבטעות אתי לידיה אע"ג דלא נתחייב באחריותו מ"מ קנאו בשינוי. היברא לענין שבח גזילה שהוא של גזלן אפי' בשינוי דהדרא, כמ"ש רמ"א [סימן שס"ב], מסתברא דזהו דוקא היכא שנכנס לרשותו לכל אחריותו, וכשם דליוקרא וזולא הוא ברשותו, הוא הדין והוא הטעם גם כן לענין שבחא דדמי ליוקרא, ועיין יבמות [ד' ס"ו:] גבי כהן ששם פרה מישראל, אבל היכא שהוא לא נתחייב באחריות, וברשות בעלים עומדת באחריותן, אזי גם השבח הוי ברשות בעלים, ומפני שנפקותא רבה בכל זה לסוגיא דשמעתין לענין זה, דמתי יכול לאסור ויחול איסורו גם בשאינו שלו, לכן ירדנו לחלוקים האלה כה, וכאשר נבאר להלן:

ד ולפום הלעת הדברים נמלא דרך נכונה וסלולה ליישב דברי רש"י ברים הסוגיא, דר"ה נקיט רבותא לרבותא דבעומדת משעה שהגביהה והרבילה קנאה בהגבהה ונעשית שלו וכו', לפי שכל עיקר היסוד שאינו אוסר בדבר שאינו שלו, משום דבאיסורי הנאה מוליאו מרשות בעלים לגמרי, וכמש"כ לעיל באות ב', לכן נשמע ממילא דהיכא שנכנס כבר לרשות האוסר ע"י משיכה והגבהה שילא מרשות בעלים ונכנס לרשותו, ויש לו לד זכות במאי שנכנס לרשותו להתחייב באחריותו לענין שבח גזילה וכמ"ש לעיל, ועל ידי מעשה זו שאסרו בהנאה מוליאו מרשות בעלים לגמרי, [כמו דאיתא גבי שור הנסקל בב"ק (דף עב ע"ב) לאו דמריה קטבח, אע"ג שגם קודם שטבחו כבר הוליאו מרשותו, וגם השתא עודנו שלו, אלא שאינו ברשותו, כמו בשארי איסורי הנאה דמיקרי לכם, אלא לפי שכבר יצא מרשות בעלים לגמרי ואינו עומד עוד להנתק ולחזור לרשותו כמו בגנב דעלמא, דאע"ג דלפי שעה יצא מרשותו, מכל מקום עומדת להוליא מידו ותחזור לרשות בעלים], ונמלא שאין לך שותפות גדולה מזו, שהרי במעשה זו שאסרו בהנאה דמוליאו מרשות בעלים לגמרי, הרי מוליאו ג"כ מרשות עלמו, אשר פתוך בכל לד זכותו, [ועיין בב"ש (בסי' כ"ח ס"ק ע"ז) שמביא בשם ש"י דהניהם יכולין להקדישו], גם כן לענין שבח גזילה, והשתא שאסרו בהנאה הרי מוליאו מרשות של עלמו כמו שמוליאו מרשות בעלים, ונמלא דלנידון זה הרי הוא כאילו היתה שלו, [ועיין ריש ב"מ גבי מגביה מליאה לחבירו דיותר עדיף היכא שלד זכותו קשורה ולרורה בזכות חבירו ואי איפשר להפרידם, מהיכא דאיפשר לחלקם, ועיין (בסי' ק"ה בנתיבות ס"ק ג')], והשתא אם ע"י שותפות שיש לו חלק ידוע אוסר את של חבירו, מכש"כ היכא שקשורים ולמודים יחד בעולם המעשה הזאת בכללו, וכן אמרינן לקמן כיון דקייה ליה לכפרה כדידיה דמיא, הרי שאע"ג שאין לו חלק מיוחד לעלמו, לא גרע מאית ליה שותפות:

ה אמנם עודנו קשה מקושיית הש"ס לקמן ממתניתין דהמטמא והמדמע כו' כקושי' תוס' הנ"ל, לכן לכוונה זו שיכל רש"י בפירושו והורה לן דרך ישרה וסלולה גם בכוונת המקשן, ויסוד הדברים מיוסדים ע"פ הקדמות והולעת הדברים שכתבנו, דמשכחת לן בגנב וגזלן שאע"פ שאינם חייבים באחריותן מכל מקום מוליאין מרשות בעלים, וכל היכא שמוליאו מרשות בעלים קנאו בשינוי:

ועיין בתוס' גיטין [ד' נ"ג:] בסוף ד"ה מנסך, וז"ל [בדף נ"ג] ועוד יש לומר דטעמא דשמואל אע"ג דהגבהה לאו לורך כו' אפ"ה פטור כיון דאשעת וכו' דקלב"מ אשעת הגבהה נמי מיפטר דאמר ליה הרי שלך לפניך כמו תרומה ונטמאת וכו', ורב סבר כיון דבשעת הגבהה לא שייך למימר דקלב"מ, יש לחייב אכל מה שיעשה בידים אח"כ אע"ג דההוא שעתא קלבד"מ עכ"ל, ודבריהם מסוללי הבנה בטעמא דרב, ובתורת גיטין נדחק בזה, לפי דרב לטעמיה דס"ל בסנהדרין [דף ע"ב] בדמים קננהו, ודרך רחוקה היא בכונת דבריהם, ועוד שהרי אנן פסקינן כרב בגיטין, ולא פסקינן כוותיה בסנהדרין, ועדיין תקשה לדידן אמאי לא יפטר בחזרתן, ויאמר הרי שלך לפניך, כמו בתרומה ונטמאת:

ונראה דעיקר כוונת דבריהם בנוי על מה שהקדימו ברים הדבור שם, וז"ל ומטעם שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו אין לחייבו, דמהאי טעמא לא מחייבינן ליה טפי

אלא כאילו הוא היזק הניכר, עכ"ל. ופשטות דבריהם דקשיא להו דמה בכך שיש בו עוד צד פטור הלא גם בלא זה פטור ואפ"ה קנסוהו, לכן הגבילו בזה דלא עשאוהו אלא כהיזק הניכר, והם [בדף נ"ג:] בקושי' התוס' שהקשו לחזקיה דס"ל היזק שא"נ שמיה היזק, מתרומה ונטמאת, מבואר שם בדבריהם דלחזקיה כיון דחשיב ליה כאילו ניכר אין לך שינוי גדול מזה וקנאו בשינוי זו, א"כ נידון נמי בר' יוחנן הכא דנסכו בידים לע"ג, דלענין זה עשאוהו מיהת כהיזק הניכר, וכיון שקנאו בשינוי תו אין יכול לומר הש"ל, וכיון דנתחייב בשבה משעת הגבהה הו לא מלי למיפטר נפשיה ולומר הש"ל, ועל פי כוונה זו תירלתי גם את דברי הרמב"ם בפי' המשניות התמוהים שם, והמבין יבין מדעתו, [אחר זמן כביר הראה לי אחד מתלמידיי בתשו' הגאון הקדוש מוהרע"א זצוק"ל (בסי' קס"ד) שכתב כן בפירוש דברי התוס', והנני שכיוונתי לדעתו הגדולה], ובטעמא דמואל אמרתי דס"ל דנהי דעל מעשה זו עלמו עשאוה כהיזק הניכר. אבל לא לענין אחר שימשוך ויוליד עוד מזה לענין הגבהה שנעשה קודם שנסכו לע"ג, ולכן לענין הגבהה עודנו נידון כהיזק שא"נ, ונקטינן לכל חד וחד כפ"ע, ורב ס"ל דנידון נמי למפרע שיתחייב על שעת הגבהה, וזה מדוקדק בדבריהם למעיין שם:

ועפי"ז ניחזי אנן כשאמר אחד לחבירו הריני נותן לך חפץ זה במתנה והלך אח"כ ונטלו לרשותו שלא בפניו, וכהבור שכבר קנאו בזה ובמתנה חפץ זה ברשותו, אע"ג דלקושטא לא קנאו במשיכה זו שהיתה שלא בפניו, ולא אמר ליה לך משוך וקני [כמ"ש בחו"מ סי' קנ"ז סעיף ג'] מ"מ קנאו בשינוי אע"ג דלא נתחייב באחריותו, שהרי קסבר שהוא שלו שכבר קנאו במשיכה לרשותו, ורחמנא לא חייבה על השוגגין רק גבי מזיק, מ"מ כיון שכבר ילא מרשות בעלים כמש"כ לעיל [אות ג'], וכל היכא שהוליאו מרשות בעלים לחוד אזי קנוי בידו ע"י שינוי שנשתנה אח"כ, וכיון שנתחייב מיהת בהשבה ע"י הגבהה זו שנתכוין לקנותו בכך ואע"ג דלא קנאו מ"מ כבר ילא מרשות בעלים, וכל היכא שכבר ילא מרשות בעלים, הרי שוב קנאו בשינוי שנשתנה אח"כ ותו לא יכול לפטור את עלמו ולומר הש"ל:

וזהו שפירש"י בכוונת המקשן שהקשה ממתני' על ר"כ ור"ע, דס"ל דמתני' איירי אפי' היכא שהגביה וכהבור שהוא שלו ע"פ דבורו דאידך שאמר לו טרם שהגביה הרי יין זה נתון לך במתנה והגביה אח"כ שלא בפניו, ואע"ג דלקושטא לא קנאו לגמרי מ"מ כבר ילא מרשות בעלים כמ"ש רש"י גבי לקט, וכיון שכבר הוליאו מרשות בעלים הרי שוב ע"י מעשה שעשה אח"כ לע"ג, חשיב כאילו הוא היזק הניכר וקנוי בידו ע"י שינוי, וכיון שנתחייב מיהת בהשבה ברא שונה להחזירו לבעלים, אע"ג דלא נתחייב באחריותו לגמרי תו לא מלי מיפטר נפשיה ולומר הש"ל, כיון דע"י מעשה שעשה אח"כ לע"ג חשוב כאילו הוא היזק הניכר:

אמנם הא תינח לר"ס, אבל לר"כ דס"ל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, קשיא, דמאי אמרת, כיון שהגביהו חשיב כאילו הוא שלו, דמידי הוא טעמא רק מפני שכבר נכנס לרשותו, ופתוך ביה לד זכותו ג"כ באיסור זה שאסרו בהנאה לענין שבח גזילה, או לענין שבניהם יכולין להקדישו, וכל זה ניחא כשהגביהה על מנת לגזלה שכבר נכנסה לרשותו ונתחייב באחריותה, אבל בכהבור שהוא שלו, ובגוונא דכתיבנא שלא נתחייב באחריות ולא נכנס לרשותו שוב אין לו שום לד שתוף באיסור זה, וע"ז מתרלינן הכא נמי דאית ליה שותפות בגווה, כיון דסוף סוף בע"כ נ"ל דאיירי כשהגביה קודם, דאל"כ קלב"מ, אימא נמי כשהגביה ע"מ לגוזלו איירי כפשוטו וכבר נכנס לרשותו לגמרי ושוב לא גרע מאית ליה שותפות וכמש"כ לעיל:

וזה מדוקדק היטב בדברי הגמרא דלא קאמר ה"נ בדאית ליה שותפות אלא ה"נ דאית ליה שותפות, כיון דבלא זה לריכין לומר דאיירי כשהגביה שוב אין אנו לריכין לומר ולהוסיף דאיירי בדאית ליה שותפות ביין עלמו, כיון שכבר נעשה שותף ממילא באיסור זה ע"י הגבהה שהגביה ע"מ לגוזלה:

וכן מה שפירש דאיירי שהגביה ע"מ לאוסרו, הולך וסובב על קוטב זה, כיון שהגביה ע"מ לנסכו לע"ג, וכהבור שלא נאסר בניסוך זה, הרי לא נתחייב באחריותו ולא נכנס לרשותו, דדמי למגביה לתשמיש שאינו מתסר, ומש"ה לא דמי לדאית ליה שותפות כיון שעדיין אין לו שום לד זכות בהגבהה זו, ולפ"ז קושי' הש"ס בין לפירוש ראשון דכהבור שלו הוא, ובין לפי' אחרון דכהבור שלא תיאסר בזה, אזדא ליה רק משוגג דקתני פטור, דמשמע להדיא דנאסר רק דפטור מתשלומין, וקשיא לר"כ:

ו **אמנם** הא תינח לסלקא דעתא דס"ל דמפני שאין בו לד זכות להאוסר, הוא דאינו יכול לאסור, אבל למסקנא דעיקרא דמילתא מפני דללעורי קמיכוון שוב לא מהני שותפות כזה במאי שכבר נכנס לרשותו, עד שיהיה לו שותפות ממש, משום הכי חזר והקשה ממתני' דגיטין, וכן משנים אוחזין בסכין, אע"ג שכבר תירץ דאיירי בדאית ליה שותפות, לפי דלליסנא קמא אין אנו אמראין להוסיף כל כך ולאוקמא דאית ליה שותפות בגופו, רק שהגביה ע"מ לגוזלו, ובשנים אוחזין בסכין אפי' כשהגביה ע"מ לאוסרו, ועיין [בסי' שנ"ז ס"ק א'] דכיון שמחשבו כבר נכנס לרשותו להתחייב באחריותו משעה שהגביה ע"מ לאבדו, ומעתה נסתלקו כל קושיו' תוס' בסוגיין מדעת רש"י, [ואל ישיבני המבהיל להשיב, דמאי הקשה מעיקרא משנים אוחזין בסכין שהרי התם אינו נאסר בהנאה, ולא שייך בזה כלל דאינו אוסר דבר שאינו שלו, למאי דכתיבנא לעיל (אות ב') דזה אינו כלל דמידי הוא טעמא דנאסר באכילה רק משום דמחלפא בע"ג, כמו שפירש"י בד"ה דאמר להר, והאיך יהיה הטפל חמור מן העיקר, כיון דזובח לע"ג ממש לא נאסר כלל, וזה פשוט וברור]:

ז **ובזה** יתיישב ג"כ מה שהקשו בסמ"ע ובש"ך [סי' שפ"ה] שדברי ש"ע סותרים אהדדי, דגבי יין פוסק בבירור דהיכא דאית ליה שותפות יכול לאסור את כולה, ולגבי שחיטה [בסי' ד' סעיף ד'] מביא דעות חלוקות בזה, ומחלקין דשאני גבי יין, דכיון שיכול ליטול את חלקו לעלמו ולאסור רק את של חבירו, ש"מ דלא ללעורי הוא דעביד, משא"כ גבי בהמה, וחזרו וסתרו את זה [בהגהות דרישה יו"ד ובשפתי כהן שם סי' ד' ס"ק ה'], שהרי כל עולם ראייתם של רבותינו החולקים על רש"י דלא מהני שותפות לליסנא בתרא, מדחזרו והקשו במה שכבר תירלו לליסנא קמא, וא"כ עדיין קשיא אמאי חזרו והקשו מיין ממתני' דגיטין. ולדברינו הנ"ל ניחא דמתני' דחולין בשנים אוחזין בסכין, יותר משמע בפשטא דמתניתין דאיירי כשהיה של שניהם ושניהם בעלים, מלומר דאיירי כשהגביה ע"מ להוסרו, דלא קתני ולא נשמע שום רמז ורמיזה בזה, ומשו"ה דייקא שפיר דלליסנא בתרא דאמרינן דללעורי קמיכוון לא מהני בדאית ליה שותפות, משא"כ גבי יין כיון דאיפשר לחלק לעלמו קודם שאסרו, ובודאי לא ללעורי הוא דקעביד, אפ"ה חזרו והקשו שפיר, משום דלליסנא קמא אין אנו אמראין לאוסופי ולאוקמא במאי דלא מוכחא ממתניתין גופא, ומשו"ה לל"ק הוא דמתרלינן שפיר דאית ליה שותפות, היינו דגם בלא זה בע"כ נ"ל דאיירי כשהגביה קודם שאסרו, דאי לאו הכי קלב"מ, וכיון שכן אין לך שותפות גדולה מזו, משא"כ לליסנא בתרא דאמרינן ללעורי קמיכוין, תו לא מהני שותפות כזה, ומשום הכי חזר והקשה שפיר ממתני' דגיטין, משום דדחיקא ליה לאוקמא בגוונא דלא מוכרחא ממתניתין גופא:

תם ונשלם שבח לאל בורא עולם:

הקדמה

את ה' אודה כפי מאד ובתוך רבים אהללנו, אשר מעודי נתגדלתי על ברכת חכמת תורת אמת דאאמו"ר הגאון האמיתי המחבר זצ"ל, ולא משתי מתוך אהלו, וגם כאשר עזב את מדינתנו ועלה לישב בארץ הצבי, גם משם רועה אבן ישראל אותי נהלני והושיבני על מי מנוחות התורה והמדע, להאיר עיני בהתרת ספיקותי, ונשאתי חן בעיניו הטהורים עד כי בעת אשר זכיתי לקבל אור פני תורתו הקדושה בעיה"ק **ירושלים** ת"ו, נתן על ידי את החיבור הנחמד זי"ר **ח"ב**, ומידו הטהורה היתה זאת לי למנה לסדר הכל על מכונו. והנה כאשר קראתי ושניתי בו מצאתי כ"פ אשר זוהר אור החידושים העירוני להרחיב בהם עוד הדיבור, ויש אשר לפי ראות העין תמה תמה יקרא, ולאחר העיון היטב מצאתים מתוקים לחיך כדבש ונופת צופים, וחקתי מילי בספר כאשר צוה אותי אאמו"ר המחבר זצ"ל. ולא ערבה נפשי להעמיד דברי אלה בפנים, האמנם כי הורשתי על ככה מאאמו"ר המחבר ז"ל, אולם טעמי ונמוקי עמי, כי ידעתי את גודל חביבות חידושי חיבוריו בעיני רבותי גדולי גאוני זמנינו שליט"א [כאשר כבר כתבו וביקשו לטעם נפשם הטהורה בחיבור החדש הזה], והם ל"ל לדידי, ובהרף עין ידעו ויבינו את הכל במישור, ויראתי לבל אהיה בעיניהם כמתעתע, וגם לבל לערב לב המעיין, ואם אמרתי להיות נחבא אל הכלים [אשר רק יהיה לי לבדי], כי מכיר אני את מקומי, הלא לוויתי מפי אאמו"ר המחבר ז"ל להיות אני נטפל לחיבורו, ובהם קויתי כי בעזר הצור ית"ש, דברי יהיו לתועלת למופלגי תורה, אשר לא יצטרכו עוד לחפש לבא אל המכוון האמיתי. ובקשתי מכ"ת בעת אשר יקשה מהם דבר הכתוב בהחיבור ישימו נא עיניהם בדברי אלה, ואם עוד לא ירוו למאוה, בענות רוחם יודיעוני, ועוז מבטחי לאמר כי דברים אמתים הם אשים מענה בפיהם, לכן עשיתי להם מדור בפני עצמם והגהתים כה, וקראתי להם **השמטות וביאורים**, יען כי לפעמים להבין דברי הספר הוצרכתי להוסיף ביאור רחב קצת, אולם לפעמים הכרתי שרק חסרון איזה תיבות בדברי אאמו"ר המחבר ז"ל גרמו את קשות הסבנה, ובהוסיפי אותם, אזי דבריו יאירו [וזה ודאי נגרמו ע"י אהבתו לקצר בדבריו, ובפרט מטעם האמור בהקדמה לגוף החיבור], וגם מפני שמה שנשמט בדפוס מגוף הספר הצגתי כה, והיו לאחדים בשם עלי זית, והאמנם כי לפעמים יפלא לעיני הקורא להעמיד אריכות דברים בכוונתו, עכ"ז הדברים בעצמותם ראויים לאומרם בעזה"י, ובפרט הלא דרך עמוק היה לו לא"א מורי ומאורן ה"י זי"ע, ויש אתי עוד מה שאמרתי לפלפל בדברי הספר, אבל כתבתי רק הדברים הקרובים אלי להעמידם בכוונתו; ובעסקי בעיוני בהם נפל ברעיוני להשתרע מעט, וגם מזה הלכתי לפעמים לתפארת ולהשלמת הענין. ועתה הנני לברך על המוגמר שזכיתי לקיים מילי דאבא מורי מאורן ה"י זי"ע, וזכיתי לראות את חיבורו הנחמד הזה, נדפס בהודו והדרו כתשוקת וחמדת נפשו הטהורה. ויהי נועם ה' אלהינו יאיר עלינו במעשה ידינו ויה"ר שלא אכשל בדבר הלכה, ולא ימוש התורה מפי ומזרעי וז"ז עד עולם, א"ס :

הכ"ד הצעיר אברהם בנימין בהגאון אמתי א"א מארי המחבר זצללה"ה, החופ"ק ווערושאב.

עלי השמטות וביאורים לסימן א ג זית

בסי' א אות ג כתוב וא"ל משום דהל"מ מסיני דתפילין על הקלף [והוספתי דגם בדיו הלממ"ס וכמ"ש הרמב"ם] דעדיין תיקשי באשורית מנ"ל וכו' א"ו דהדר ילפינן מגז"ש דוקשרתם וכתבתם וכו' [כן היה כתוב בכתבי העתק אשר לפני], והיה לפלא בעיני דאשורית נלמד בתפילין מדכתיב והיו [ש"ס מגילה ח'], אח"כ כאשר זכיתי לכת"י אאמו"ר המחבר זללה"ה בעצמו, אשר שלחו לי מתם [ירושלים עיה"ק תובב"א] על כמה ענינים, ועיינתי בהם ומצאתי ראיתי שכתוב דעדיין תיקשי בדיו ובכתיבה תמה מנ"ל. והנה ע"כ ראיתו מדברי הגהות מיימוני [רפ"א מה' תפילין] דהביא ראיה דתפילין בעי דיו מהמשנה דאין בין ספרים לתפילין ומזוזות, ויש להקשות על גופה דמתני' דמנ"ל, כי הגה"מ הביא את הירושלמי המובא בכ"מ שם דהוא הלממ"ס [וי"ל דמש"ה לא הביאו, דהירושלמי קאי רק על ס"ת, וכמ"ש בביאורי מהרש"ל על הסמ"ג באמת, ועיין בביאור מרדכי הלכות ס"ת ומזוזה שתמה עליו] א"ו משום דבמזוזה ילפינן מברוך בן נריה [ברייתא מנחות ל"ד] והדר מקשינן תפילין למזוזה בגז"ש דוקשרתם וכתבתם, וכן משמע מלשון השו"ע [סי' ל"ב] בסעיף ז' הביא דהלממ"ס דתפילין על הקלף, ובסעיף ג' הביא יכתבם בדיו ולא כתב דהלממ"ס הוא, והראי' מכתיבה תמה הוא עפ"י מ"ש בפנים אחר זה מרש"י, [וברש"י שלפנינו ציין על כתב אחד ולא על ד' פרשיות, ובל"ס כי בנוסחי ש"ס הישנים שהיו לפניו ראה כן]. ומ"ש בפנים [באות ו'] דהוקשו תפילין למזוזה לכל דבר משום דהוקשו להדדי וכלל גם אשורית בהדייהו אגב אחריני נסיב לה, דאשורית נלמד מדכתיב והיו :

באות יא בפירושו ע"ד תוס' סוטה התמוהים דמש"ה במזוזה פסול משום שלא"כ. ראיתי בתשו' רע"א זצוק"ל [סי' כ'] אשר לא כ"ל בזה, אולם טעמא דידיה הוא דהוי כמו חקיקה בנגיעה דמהני גם בתו"מ. אבל לפי דעת הג"מ [המובא בפנים] דגם חקיקה בנגיעה ל"מ בתו"מ, לא מיבעיא אם גם דעת תוס' כן בוודאי ניחא, ואפי' אם חולקים על דעתו של הג"מ מ"מ לא נוכל לפשוט, דל"מ שריטה אחר הכתיבה בפ' סוטה מש"ה מנחות, משום דיש לדחות כדעת הג"מ, ולדינא התשו' רע"א מחמיר ג"כ בזה כיון דפשיטא ליה ספיקא של בעלי תוס' דגם בפ' סוטה ל"מ שריטה אחר הכתיבה, וא"כ נקבים אחר הכתיבה בודאי ל"מ בתפילין :

בסי' ג אות א דאין מברכין שהחו"מ על חינוך ביהכ"נ משום דמצות לאו ליהנות ניתנו, וגם לדעת הר"ן ושאר פוסקים דהיכא דמהני גופיה בהדי דמתקיים המצוה ל"א מצות לאו לה"נ ומבואר בתוס' ר"ה [דף כ"ח.] דלא כוכה חשיב הנאה בהדי מצוה, וכ"כ המאירי מובא בשעה"מ [פ"ח מה' לולב ה"א ד"ה ואת"ו רב], מ"מ לגבי ברכת שהחו"מ בביהכ"נ אמרינן כיון דעיקרו נבנית רק למצוה ולא להנאת ישיבתה אין מברכין, וכ"כ בפנים [באות ג'] :

באות ב מה שחידש אאמו"ר זללה"ה בדעת בעה"מ, ועי' בשעה"מ [שם תד"ה ולדעת הר"ן] מ"ש לפרש דברי בעה"מ. ובזה יש להשיב על מ"ש בפנים ראיה מעירובין ומברכת שופר דמברך גם במודר הנאה, דהתם הוי מצוה לבד בלא הנאת הגוף, [ועי' בשעה"מ שם שהגיה בדברי פירוש המשניות מעילה (פ"ג), ואפשר לומר שנתחלף רק דל"ת ברי"ש, וצ"ל אינו מורה תחת אינו מודה, והוא דאינו ראב"ל מורה שמותר ליהנות גם לדבר רשות, רק למצוה התיר משום דמצות לאו ליהנות ניתנו, וכפירושו דשעה"מ שם] :

באות ג בראיה ממזוזה בבית השותפין דפסקינן דמברך שהחיינו, לא ידעתי איה מקומו, ובפירוש איתא ביו"ד [בסי' רפ"ט] בש"ך בשם הדרישה דאינו מברך. ואולי נוכל לומר דקאי לדעת הרמב"ם פ' י"א מה' ברכות ה"ט [מובא בש"ך יו"ד סי' כ"ח, ועיין כרתי שם] דעל מזוזה ומעקה מברך שהחיינו, ומדהתם [שם בהלכה י'] וחלק בין עושה לעצמו דמברך שהחיינו ובעושה לאחרים דאינו מברך שהחיינו, ושבק הרמב"ם מהביא הבבא הממוצע בעושה לעצמו ולאחרים, דהיינו בבית השותפין לגבי מזוזה ומעקה דמברך שהו"מ, א"ו דמברך שהחיינו כמו בלעצמו לבד, וכיון דאין זה חידוש ע"כ לא הביאו הרמב"ם, ואם באנו רק לצייר הראיה כמ"ש בפנים, נוכל להביא ראיה מסוכה דצריך לברך שהחיינו בשעת עשייה [ש"ס סוכה מ"ו וש"ע סי' תרמ"א], ועפ"י רוב עושה סוכה גם לבניו ולאחרים וגם איכא הנאת צל, היברך שהו"מ, א"ו משום דעיקרו למצוה, ועל מצוה אין מברכין שהו"מ, ואפשר דטעות המעתיק

המעתיק הוא [כי רק ההעתק בידי] והליב בית במקום סוכה :

באות ד דאין לברך שהחיינו על הכשר מצוה, ועיין במג"א [סי' רכ"ג סק"ה] דעל קניית ספרים אין לברך שהחיינו משום מצות לאו להנות ניתנו ואינו בא מזמן לזמן, ואפי' לדברי ברכת רמ"מ שם שכתב לברך על ספרים אין סתירה לכאן, דהתם הוי גוף המצוה כמ"ש בש"ע יו"ד [סי' ע"ר ס"ב] ובש"ך שם, וגם הב"י והב"ח מובא שם בש"ך, מ"מ מודים דקניית הספרים הוי עצם המצוה, מעין ועתה כתבו לכם וגו' משא"כ בישכ"ג דהוי רק הכשר מצוה, וגם א"ל ממצות כיסוי דמבואר במדרש רבה סדר נשא [פרשה ט'] דהוי הכשר מצוה, ואפ"ה י"א דמברך שהחיינו בפעם הראשון שמכסה, ביו"ד [סי' כ"ח ס"ב] והש"ך שם חולק רק מטעם דאינו מזמן לזמן, אך דברי המדרש הם הם הדברים המפורשים בש"ס חולין [דף פ"ח:] וכתב רש"י שם דעיקר החילוק הוא משום שאינו נהנה במצות כיסוי אבל לעולם הוי גוף המצוה :

סי' ד במ"ש אאמו"ר המחבר זללה"ה דלדידן הוי סד"ר בדילג תיבת העולם, וגם למ"ש תוס' סוכה [דף ג'] היכא דתקנו רבנן לעשות המצוה באופן הזה והוא שינה לא יצא י"ח המצוה מן התורה, א"כ ה"נ לשיטת התוס' דאם דילג תיבת העולם דמעכב בדיעבד מדרבנן, ממילא לא יצא י"ח בהמ"ז מה"ת [וממ"ש בתפארת ירושלים ריש תענית] זהו בודאי אבל לא בספק, דהטעם דסד"ר לקולא משום שלא תקנו בספק וכמ"ש הזוהר הרקיע [אשר רשמתי בפנים בש"ס זה], ועל כן נהי דלא יצא י"ח מה"ת, הוא רק בשביל תקנתא דרבנן, משא"כ בספיקא, ויש לחלק דזהו בס' במקרה, אבל בס' בפלוגתא דלמאן דאוסר או מחייב ליכא ספיקא כלל וממילא הוי סד"א, [ונזכרתי כי בש"ש (שמעתא א' ספ"ג) כתב כן להקשות על הא דקי"ל בשל סופרים הלך אחרי המיקל, ומ"ש שם לתרץ שייך גם כאן, ודבריו נע"ק בקושייתו ובתירוצו ואכ"מ] אכן יש לומר בזה ברווחא, דהא הר"ן פ' ערבי פסחים [מובא בתוי"ט שם ובמס' סוכה פ"ב מ"ה] חולק על דעת התוס' בזה וס"ל דמדאורייתא מ"מ יצא, א"כ ל"מ אי פסקינן כר"ן בזה, הוי בודאי רק סד"ר ואפי' אי מספ"ל, מ"מ לגבי דאורייתא הוי ס"ס, שמא הלכה כהפוסקים דאינו מעכב תיבת העולם כלל, ואפי' אי מעכב שמא הלכה כהר"ן דמה"ת יצא, ונהי דלגבי דרבנן ליכא רק חדא ספיקא שמא תיבת העולם אינו מעכב, הא בדרבנן לא צריכין יותר, דהוי סד"ר ודמי לדברי הסמ"ק [מובא בש"ך יו"ד סי' ק"י בדיני ס"ס דין ט"ז] גבי דגים מלוחים, דמה"ת מותרים מס"ס, שמא לא נמלחו עם דגים טמאים ואת"ל נמלחו שמא לא היה בהם שומן, ואע"ג דמדרבנן אסור אף באין בהן שמנונית, מ"מ הו"ל סד"ר שמא לא נמלחו עם הטמאים ואזלינן לקולא. [ובהאי ענינא שמעתי מפי אאמו"ר המחבר זללה"ה אשר אמר בימי בחרותו לפרש דברי תוס' כתובות (דף ט') תד"ה ואב"א, שכתבו דבקביל בה אביה קידושין בעת שהיתה פחותה מג' שנים ויום א' ל"מ בחזקת היתר משום דרוב רגון, ובס"ס שרי משום דהאי רוב הוי רק מדרבנן, ואינו מובן יפה, דמ"מ הרוב מרע לס' אונס ול"ה רק ס' אינו תחתיו, וביאר עפ"י דברי סמ"ק הנ"ל דמדאורייתא ל"ה הרוב כלל, ולכן מה"ת שריא משום ס"ס, ומדרבנן דאיכא רובא מותרת בחד ספיקא דאינו תחתיו, אבל בפחותה מג' שנים אסורה מדרבנן משום דרובא והזקה רובא עדיף והוי כודאי. וכעת ראיתי בספר דרוש וחידוש שם, תד"ה ל"ל, שהקשה דבאשת ישראל בדאורייתא הוי ס"ס שמא נכרי ושמא אונס, ובדרבנן הוי ס' שמא אונס, ומביא דברי סמ"ק אלו וד"מ (סי' פ"ג) והוכיח מזה דאיירי היכא דכולם ישראלים יעוי"ש. ולכאורה דבריו תמוהים לפענ"ד, הלא עפ"י דברי סמ"ק וד"מ ניחא בפשטות, ובהכרח דמדרבנן ס' אונס ליכא ספק כלל, דאל"כ למה אסורה באשת ישראל הא מה"ת מותרת משום חז"ה ומדרבנן מותרת משום ספיקא לחוד, רק היכא דאיכא ס"ס ע"י ספק אינו תחתיו ואונס מתירין גם מדרבנן משום ס' אינו תחתיו, אבל בס"ס דנכרי ואונס, מדרבנן לא נשאר ס' כלל, וי"ל דהדו"ח פירש בדברי תוס' דגם חז"ל לא הרעו והשוו את הס' אונס לגמרי מחמת רובא דרגון, רק גרעו, וע"כ ל"מ אחז"ה דהיה אונס, והא דל"א להקל בזה מחמת סד"ר, משום דלד האיסור אם היה בודאי רגון, הוי איסור דאורייתא בודאי, מש"ה החמירו גם בספיקו, וכמ"ש בתוס' יבמות (דף קי"ד) ד"ה אמר, בתירוץ השני, אבל בס"ס דנכרי ואונס גם לד הודאי שלו אינו אסור ודאי מה"ת משום ספק נכרי] :

גם מה שחידש בפנים עפ"י דברי ר"ן שבועות, היכא דבמחשבתו לומר תיבת העולם ופיו השמיטו בודאי לא יצא י"ח הברכה, ומה שחילק בכל הברכות אם אמר שהכל, וצ"ע מסי' ר"ע סא"ב, כיון דעכשיו דהזכיר תכ"ד יצא בדיעבד, או לדעת הרמב"ם [שם בסעיף א'] גם בלא הזכיר יצא, ע"כ אין לקפידא מקום לחול, ויותר טוב לפניו שלא יבטל מחשבתו את הברכה שבירך כדי שלא יהיה ברכה לבטלה, משא"כ בתיבת העולם דגם השתא הוי בספק ברכה לבטלה לשיטת התוס' :

סי' ה מ"ש אאמו"ר זללה"ה [באות א' ב'] להתיר תבשיל שבישלו ישראל ערב שבת ביה"ש מחמת סד"ר. לכאורה קשה כיון דכל איסור אכילה משום קנסא שעבר על מלאכת שבת, וא"כ ה"נ הכא כיון שעבר על איסור תורה שמחמת ספק נאסר מה"ת במלאכה גם ביה"ש, [ועיין בתשו' הר"ן (סי' כ"א) שחידש דהיכא דחל הנדר משום ספק מיקרי חלות הנדר ויכול להתיר], ונראה כיון דגם אם נתבשל בודאי בשבת ג"כ לא נאסר רק מדרבנן, אמרינן דבספק לא עשו להחמיר מחמת דבריהם, וכמ"ש לעיל [בסימן שלפ"ז], זולת היכא דמצינו בפירוש, וכמ"ש המרדכי יבמות פ' החולץ [סי' כ"א] בההיא דאין מטבילין את הכלים ביה"ש וזהו לכתחלה, אבל מהיכא תיתי נאמר שחכמים אסרו בדיעבד באכילה מחמת ספיקא, וראיה לזה מפר"ח או"ח [סי' תס"ז סק"ט] שהורה הלכה למעשה בחטה ס' חמץ שעבר עליו הפסח דמותר בהנאה לאחה"פ מטעם סד"ר, והגם שעבר בפסח בבל יראה מסד"א [והשעה"מ ה' מקואות (כלל ו') הקשה על הפר"ח מטעם אחר דנעשה דרבנן ע"י גלגול, ובנ"ד ל"ש לומר כן כמ"ש בפנים כאן, ועמ"ש בפנים בסי' ח' אות א' לתרץ קושייתו], וכ"כ הח"י [סי' תמ"ח סק"ד וסי' תמ"ט], אך יש לדחות הראיה מדברי הח"י, דהתם הוי הס' בגופו של חמץ דאולי לא עשה ישראל שום איסור בזה בפסח, דשמא הוי חמץ של עכו"ם, אבל הכא דאם בא לשאול מורינן ליה שאסור מחמת סד"א לעשות מלאכה ביה"ש א"כ מזה נגרר ג"כ דחכמים קנסו לו, וכן מדברי הח"י [בסי' ת"מ] י"ל כמובן, [וכן מצאתי במש"ז סי' תמ"ז ס"ק י"א שחקר בזה], ועיין בח"י [סי' תמ"א ס"ק י"ח] ובתשו' רע"א זצוקלל"ה [סי' מ"ט] תד"ה אולם מפשטות, דלדעת הח"י הה"ד בככר ספק חמץ דמותר לאחה"פ וה"נ בביה"ש, וגם לדעת המג"א [סי' תמ"ט] דאוסר באכילה בס' חמץ שעה"פ, זהו מטעם חומרא דחמץ כמ"ש המחה"ש שם, [וא"ל מהא דקי"ל בספק בכור שהטיל בו מום דאסור, כאשר הוכיחו במישור מש"ע יו"ד (סי' ש"ד סעיף י') ול"א דלגבי קנסא דרבנן דאסרו באכילה בהטלת מום בידים, דהוי סד"ר, דהתם שאני דשייכים שני הטעמים, של הפר"ח ושעה"מ, דהוי הס' בגוף אחד דמקודש אסור הבכור באכילה מסד"א, ורבנן אסרו שגם אחר הטלת מום במזיד יאסר באכילה, ע"כ נגרר ספיקו גם לאיסור דרבנן, וגם לא נולדו ב' הספיקות ביחד דאינו עומד להפיל בו מום בידים, מחמת האיסור דהטלת מום שהוא מן התורה משא"כ בביה"ש דל"ש סברות אלו, וכמ"ש בפנים, ויעויין בתשו' רעק"א זללה"ה (סי' ס"ד)]. איברא לפמ"ש בפנים [באות א'] דלא מקילינן בסד"א יותר מודאי דרבנן, יש להקשות מכל מלאכות הנעשים ע"י נכרי בשביל ישראל דאסורים [ש"ע סי' ש"ז סעיף כ' וסי' שכ"ה סעיף א'], ואם ישראל יעשה ביה"ש יהא מותר, אך גם מזה ל"ק כלל דמבואר בתוס' חולין [דף ט"ו.] ד"ה מורי, דלר"מ בבישל ישראל בשוגג מותר וע"י נכרי אסור משום שלא יהנה ממלאכת שבת, וע"י ישראל הוי מילתא דל"ש ומותר אפי' לטעם משום שלא יהנה, וברשב"א מבואר גם אליבא דידן דפסקינן כר' יהודה מ"מ ל"ב להמתין בכדי שיעשה, דמילתא דל"ש הוא שיעשה ישראל מלאכה בשבת, וכ"כ הרא"ש ביצה ר"פ אין לדין עי"ש, אבל אמירה לנכרי קל בעיניו ע"כ בעינן בכדי שיעשה, וכ"פ בש"ע או"ח [ר"ס ש"ת] ובמ"א שם [ס"ק ב'], והה"ד דבשבת גופיה יש לחלק כן, דע"י נכרי אסור משום דאמירה אליו קל בעיניו, וע"כ אסור אפי' עשה מעצמו בעבור ישראל דלא עביד איסורא כלל משום שלא יאמר לו לעשות בשבילו, אבל ע"י ישראל דמילתא דל"ש הוא לא אסור רק היכא דמצינו דאסרו, בעשה איסור ודאי, אבל לא אסרו מספיקא, ומש"ה הקשה בפנים [באות א'] רק ממטביל ועישר דישראל עצמו עשה רק מלאכה דרבנן ואסור, וע"ז תירץ יעוי"ש, והא דכתב [באות י'] דל"ג מנכרי שהדליק בשביל ישראל, לרווחא דמילתא כתב, דפשיטא דלמי שנתבשל בשבילו אסור, דלא עדיף מאחר דאסור לכל העולם אפי' בשוגג :

ויש להעיר דקודם ביה"ש מחוייב בתוספת שבת דאורייתא כמבואר בש"ע [סי' רס"א ס"ב] ובמג"א שם, ועבר על וודאי דאורייתא ולמה יהא התבשיל מותר באכילה, וראיתי בספר תו"ש [סי' ש"ח סק"ב] שנסתפק בבישל בזמן תוספת שבת אי מותר באכילה משום דלא עבר על איסור סקילה, אבל מבואר בדרכי משה ובש"ע [סי' רס"ג] באחרים עשו מלאכה בשביל מי שכבר קיבל שבת דמותר הוא ליהנות

ליהנות מזה בשבת, משמע להדיא דאם הוא בעצמו עשה מלאכה בתוספת שבת אסור ליהנות, [ואם כי לפי ראיית הד"מ מעירובי תבשילין ושם פסקינן (בש"ע תקכ"ז) דעבר ואפה הוא גופיה מותר ג"כ, אך באמת כל ראייתו הוא רק מהאיבעי' דש"ס שם בעירובי תבשילין, וכוונתו פשוטה דלא הוכיח ממסקנא, דהא שם מותר מטעם דרק הוא איסור מדרבנן, דמה"ת מותר מטעם הואיל וכמו שפירש רש"י ביצה (דף י"ז ע"ב) ד"ה איסורא דשבת שאני, או דלא נפשטה האיבעי' דעבר ואפה ומותר רק מטעם סד"ר, כמ"ש הפוסקים שם. ולפמ"ש בתשו' רשב"א מובא ביש"ש (שם פ"ב סי' ע"ז) הוא משום דאיסורא דיו"ט קילא וכל זה ל"ש גבי תו"ש, דהוא עבר אאיסורא דאורייתא והוא מאיסורי דשבת, ולכן כל הוכחת ד"מ הוא רק מהאיבעי' דש"ס בעבר ואפה, דע"כ גם לס"ד דלא ס"ל לחלק בחילוקים אלו, אפ"ה לא איבעי' רק בעבר ואפה, אבל באחרים עשו בעדו, כיון שהם מותרים לעצמם, בעברו ועשו בעדו מותר גם הוא ליהנות, דאל"כ היאך עלה לס"ד לפשוט ממבשל בשבת, הא מלשון האיבעי' גופיה דבעי רק בעבר ואפה, ולא גם באחרים עשו בעדו, מוכח דרק משום איסור יו"ט דקילא איבעי' ליה, א"ו דלא שאני בזה בין שבת ליו"ט, וממילא דלמסקנא ג"כ קיימינן בזו הסברא ולכן הוכיח שפיר דה"ה בתו"ש], ומכ"ש בביה"ש שכבר הוא תו"ש מעט קודם מחמת חיוב דאסור ליהנות, ובאשל אברהם [סי' רס"ג סק"ל] ראיתי שהקשה כן על בעל תו"ש, ונראה דהא דמחוייב לקבל שבת ולהוסיף מוודאי יום, זה גופיה הוא מחמת ספק [וכמ"ש באבן העוזר עירובין (דף ל"ה.), וראיתי במגן אלף בסופו בקונטרס עשרים גרה (על סי' רס"א) שהקשה על הרמב"ן כן, ובזה קשים דבריו לכאורה, דגם הרמב"ן מודה לזה, רק דראייתו הוא, דע"כ כיון דמספ"ל בזמן ביה"ש בוודאי זמן תוספת שבת קודם ביה"ש דהא ביה"ש הוי ספק כרת וחמירא מעשה דתו"ש, אבל מ"מ החיוב דתו"ש אשר התחל מקודם ביה"ש, הוא רק מספיקא], כיון דביה"ש אסור במלאכה מן התורה מחמת ספק, ואם לא יקבל שבת מקודם לא יוסיף מאומה, דבל"ז אסור מה"ת, אבל אם נאחז בלד הספק דביה"ש יום הוא, ממילא אינו מחוייב בתוספת רק מסוף ביה"ש [ועי' בפרמ"ג במש"ז בפתיחה להלכות יו"ט ח"ש אות י"ח, ולפום דברינו אלה דבריו תמוהים לכאורה], וכיון דהוא רק מחמת ספק, שוב אם אנו דנין בהנאת אכילת התבשיל דאסור מדרבנן ע"י מלאכת שבת, ובתחילת בין השמשות דגם מחמת התוספת הוי רק ספק שוב הוי סד"ר ולקולא וכמ"ש בפנים באריכות, וזהו היכא דלא קיבל על עצמו שבת עוד, כעובדא דידן, אבל אם כבר קיבל שבת בעצמו [במשך ג' מילין ורביע קודם ביה"ש], דאז כבר הוי לדידיה שבת מחמת וודאי, לכן כתב הדרכי משה שפיר דמותר ליהנות רק אם אחרים שלא קיבלו שבת עשו בעבורו, אבל בעבר ועשה בעצמו אסור ליהנות, כיון דל"ה ספיקא דרבנן כלל, שעבר על מלאכה דאורייתא בוודאי. [והנה בסידור דרך החיים הקשה על המג"א (סי' רס"א והוא מב"י שם סוף הסימן) דפוסק דבקיבל עליו שבת דאסור לעשות בעצמו שבות אפי' לדבר מצוה, והשיג ע"ז דהא קבלת שבת הוא רק שכוונתן שעושין אותו לתוספת שבת, וכיון שאפי' אין מקבלין שבת חייבין בתו"ש עוד מעט קודם ביה"ש, ואפ"ה לא גזרו חז"ל על שבות ביה"ש, מכ"ש דמותר לעשות שבות בזמן תו"ש שקודם ביה"ש אפי' קבלו שבת, דהא לא היה כוונתן רק שיהיה לו כדין תו"ש שהוא דאורייתא, וע"פ הנ"ל נכון הדבר, דדווקא ביה"ש דגם מחמת תו"ש הוי ספק, דאולי עוד יום הוא ולא נתחייב בתו"ש כלל וע"כ מותר בשבות לדבר מצוה מחמת ספד"ר [ורק בשבות שאינו מצוה גזרו חז"ל בפירוש וכמ"ש המרדכי יבמות הנ"ל], אבל אם קבלו שבת בפירוש דתו ל"ה שום ספיקא כלל, אסור גם בשבות לדבר מצוה, וא"ל דלמה לא כתבו הפוסקים דהרגע אחרונה של ביה"ש אסור במלאכת שבות גם לדבר מצוה, דאז בוודאי מחוייב בתו"ש, דאפי' אם כל ביה"ש יום הוא מ"מ מחוייב להוסיף מעט עכ"פ בוודאי, אכן זה ל"ש שיגמור מעשיו ברגע אחד וא"א לצמצם דאולי ישהא עוד כל שהוא ויהיה לילה בוודאי], וא"ל דהיאך נחמיר לאסור התבשיל בתו"ש יותר מנתבשל ביה"ש, דוודאי ספק כרת חמירא מעשה דתו"ש, וכן מבואר בסימן תר"ח ובמג"א שם [סק"ב], ברם דזהו לאיסור מלאכה ואכילה דאורייתא, אבל מה דנוגע רק לאיסור דרבנן מקילינן בביה"ש יותר משום סד"ר, ומדברי מג"א הנ"ל ראיה לזה, דפוסק בקבלת שבת גם קודם ביה"ש אסור בשבות גם לדבר מצוה, ובביה"ש מותר, ובחכ"ל [סי' י"א] תמה באמת על המג"א, ומ"מ מפסקו של מג"א מוכח כן:

ועוד יש לומר דהדרכי משה מיירי רק במזיד כמבואר בלשונו בעברו ועשו לו אבל בשוגג מודה, ועיקר דברי תשו' האמו"ר זללה"ה כאן ישבו בלכתן רק על מעשה שהיה שבישל בשוגג, וע"כ הדין שפיר גם לדברי ד"מ וכטעם השני שכתב [באות ו'], ובשבת גופיה יש פוסקים דהלכה כר' מאיר דבשוגג מותר בין לו או לאחרים [ועיין בביאורי הגר"א זללה"ה ר"ס ש"ח] ובש"ע שם פסקינן כר' יהודה, ופשיטא דבביה"ש יש לצרף דעת פוסקים המקילים גם בשבת להני טעמים המבוארים בפנים להקל, ומה שמדייק הפמ"ג בא"א [בסי' רס"א סק"ה] דמבשל ביה"ש אסור כמו מבשל בשבת, אינו הכרח כ"כ, דהמג"א קאי רק עלמה שאסר לכתחילה, אבל לא על מה שאסר בדיעבד משום קנסא:

באות ו דגם במזיד בכה"ג מותר משום דהוי סד"ר, וי"ל לפמ"ש בתפארת ירושלים ביצה [אות כ'] יעו"ש, יש לאסור במזיד מטעם אין מבטלין איסור לכתחילה, אבל בשוגג שפיר מותר דל"ש טעם זה, דלגבי ביטול איסור אם מערב בשוגג מותר:

שם [באות זה] בתד"ה דלא קנסו בנו אחריו, בספר תוספת שבת [ר"ס ש"ח] הביא דברי המג"א [ס"ס תקנ"ה] דהעושה מלאכה במזיד בשבת קנסו גם בנו אחריו, ועיין בתשו' פמ"א [ח"ב סי' ס"א] דבמבשל שאינו ניכר שנעשה בשבת לא קנסו בנו, ואיפשר דגם כוונת המג"א כן הוא, דדוקא במלאכה הניכרת שנעשה בשבת קנסו בנו אחריו:

באות ז מ"ש ראיה ממס' קידושין, יש לפקפק ע"ז דהתם החומרא הוא מפני לד השני של הספק דלא היו חלין קידושי הראשון, ע"כ צריכה גט משני, אבל הכא בתערובת דבשוגג נאסר מחמת המלאכה שעשה בשבת ובמזיד יהא מותר, על זה אין לנו ראיה משם, רק מהרשב"א גבי ספק טרפה הוכחה ברורה כמ"ש בפנים, דהיאך נאמר בספק טרפה דלא בטיל משום דשיל"מ, והוא משום חשש שהיא טרפה, [ואפ"ה הוי דבר שיל"מ משום מב"מ ונקרא גם ע"ז שם היתר כמ"ש הכו"פ וחו"ד ר"ס ק"ב], והרשב"א חידש רק מטעם כיון שאין ההיתר בוודאי לא נקרא שם ההיתר עליו, ובוודאי טרפה בטלה, ועיין בכו"פ וחו"ד [שם בסוף הסימן] מה שכתבו ע"ד רמ"א דלאחרים הוי דשיל"מ ולדידיה ל"ה דשיל"מ, יש ג"כ ראיה לסברא הזאת, דאי לאו הכי למה יהא חמור לאחרים מלדידיה:

באות ח מ"ש לתרץ דעבר ועשר ול"ל פירי אחריני מותר בדרבנן, וכמו כן בסד"א, עוד כ"ש הוא משם דהתם הכי לא סגי ליה בלעדם, ומכ"ש בתבשילים לשבת. והנה בעיקר תירוצא דש"ס שם דדוקא בדאית ליה פירי אחריני הוא דאסור, עיין ברמב"ם [פ' כ"ג מהלכות שבת ה"ח] דלא חילק בזה, [ודברי הרמב"ם שם תמוהים אצלו, ומצאתי בלח"מ פ"ו מהלכות יו"ט ה"י שעמד בזה], ובתשו' רשב"א מובא ביש"ש [פ"ב דביצה סי' ס"ז] כתב בפירוש דלמסקנא לא מחלקינן בזה, רק בשבת לעולם אסור אפי' ל"ל פירי אחריני. איברא בתוס' מס' שבת [דף מ"ג.] ד"ה טבל. ור"ש תרומות [פ"ב מ"ג] פסקו גם במסקנא דבל"ל פירי מותר, וא"כ מ"ש בפנים הוא לשיטת התוס' ור"ש [וכ"כ המג"א בסי' ת"ס ס"ק י"ד בדעת הש"ע], ואפי' להרמב"ם, מ"מ בשוגג מותר, וא"כ תו ל"ק דלמה יקילו בסד"א יותר מדרבנן, דבדרבנן דווקא במזיד אסור, וה"ה בסד"א דאסור במזיד לשיטת הרמב"ם, [ועי' באחרונים שתמהו על המג"א (סי' של"ט סק"ז) במ"ש בספרים מעשר דינו כמבשל בשבת, הלא ברמב"ם מפורש דבשוגג מותר מיד ובמזיד למו"ש], ומה שמתרץ בפנים מסי' רנ"ג, מובן דגם ממה דמבואר [בס"ס רנ"ד] לא קשיא דמשום האי טעמא אסור כמבואר בב"י שם:

באות י בהערה מחמת דבר שא"ש, ומ"ש לתרץ על זה ע"ש, והא דהתיר הא"ז [אשר רשמתי בפנים] משום דבלא"ה ראוי לאכילה, או לסניף כתב טעם זה, ועוד יש לתרץ את גוף הקושיא, דהגם לדידן אינו אוסר דבר שא"ש אפי' במעשה, הוא משום דלצעורי מכוין [ש"ע יו"ד סי' ד' ס"ד], ומבואר בפלתי [שם בסוף הסימן] דאפי' אם אמר דשוגג היה לאו כל כמיניה ואמרינן דמזיד היה ולצעורי קמכוין, וא"כ במבשל בשבת דעושה מעשה ואם אנס דכיון רק לצערו והוי מלאכה שאצ"ל, וכן מבואר ברשב"א שבת [ד' קל"ג.] ד"ה ואביי יעו"ש, מ"מ כיון דלדעת הרמב"ם מלאכה שאצ"ל חייב עליה פשיטא דקנסו ע"ז כמו כיוון לבשל, ואפי' להטור ושאר פוסקים דפסקו כר"ש במלאכה שאצ"ל דרק מדרבנן אסורה מ"מ חמורה משאר מלאכה דרבנן משום דאם כיוון לתכלית של מלאכה חייב חטאת ע"כ חמורה גם בלא כיוון, כמ"ש תוס' שבת [דף מ"ו:] ורשב"א שם ד"ה כל, ואפ"ל דקנסו בזה כמו במבשל, ואפי' אי לית ליה פירי אחריני אסור, ועי' במג"א [סי' רע"ח] דגם להטור מספ"ל אי הלכה כר' יהודה או כר"ש במשאצ"ל:

מ"ש

סימן ו מ"ש אאמו"ר זללה"ה [באות ח'] בהקושיא דלר"י אסור בשבת שאחריו מדין סד"א, הוא כמבואר בתוס' ישנים ביצה [דף ג':] דספק מוקצה חמירא והוי כעין דאורייתא, או דמסתברא דגם לס"ד דמוקצה הוי כאיסור גופו משום דס"ל דמוקצה אסור מה"ת:

שם בהחילוק על איבעיא דש"ס פסחים ממשנה דמנחות בין דחייה בידים או לא, והנה אין להקשות דליהוי דחייה בידים כיון דלא נקצר מאתמול, דלא מיבעי' להפוסקים דמחוסר קצירה ותלישה ל"ה דחייה בידים, ועיין במג"א [סי' ש"ח סק"ד] דאסורים רק משום גזירה שמא יעלה ויתלוש, וזה הוי בוודאי איסור מחמת דבר אחר, ואפי' לשיטת רש"י ביצה [דף כ"ד:] ד"ה אם יש, דמחוסר קצירה הוי דחייה בידים, זהו התם משום דלא לקטן מאתמול, אבל בעומר מדדחי שבת, ע"כ נקצר שלא כמצותו פסול, או משום דחביבה המצוה בשעתה, כמבואר בסוגיא דמנחות שם [ד' ע"ב:] וכיון דכן לא דחייה בידים כלל, וא"ל דממנ"פ ל"ה מן המותר לישראל, דאי אמרינן אי לא היה נקצר לעומר, הוי דחייה בידים כמו בכל מחוסר קצירה, ואם נאמר כי השתא דנקצר לעומר, ג"כ ל"ה מן המותר לישראל, ז"א דבוודאי אמרינן כי השתא דנקצר לעומר, דעוד מעי"ט היו שלוחי ב"ד יוצאין ועושין אותן כריכות במחובר לקרקע [מנחות ד' ס"ה], והעומר ל"ה דחייה בידים כמ"ש, ומ"מ הוי מן המותר לישראל בקצירה זאת דשיריים נאכלין, ועוד דהא כל תבואה אסורה לקצור קודם לעומר כדאיתא במשנה דמנחות [דף ע'. ודף ע"א.] וגם ר' יהודה ס"ל כן שם:

באות יג ע"ד המרדכי בראייתו מעלים שנשרו מן הדקל, והנה דשם היה האיסור בעודו מחובר, ויש לומר דכיון דאינו עומד ביו"ט לבוא להדלקה מחמת איסור קצירה, לכן לא נקרא עוד חלות האיסור, [וכעין זה מצינו באיסור אבר מן החי, משום דבהמה בחייה לאו לאברים עומדת לא חל איסור אמ"ה עד שהפרישו ממנה, וע"כ בבהמה טריפה הוי איסור טריפה קדים, ש"ס חולין (ד' ק"ג.) וברמב"ם פ"ה מהלכות מ"א], והמרדכי מפרש בש"ס דבעת שנשרו נפלו אל התנור, וכן משמע ליישנא דש"ס שנשרו מן הדקל לתוך התנור, וכגון דהתנור היה בחצר, [כמבואר בברייתא ביצה (דף ל"ד.) דתנור וכירים הם כלים הניטלים בחצר, ובמס' ב"ב (דף כ"ז) במשנה שם, וע"כ דהכא בכך דאי לא"ה אפי' באינשי שאינם שותפים ל"ה חזקה משום דלא אחזוק כדאחזוקי אינשי] והדקל עומד סמוך לתנור, ועיין במג"א [ריש סי' תק"ז] שעמד בזה דלמה נקט בתוך התנור יעו"ש, וכפ"מ אם נפל הדקל למקום שאין שם עצים ונתערב אח"כ עם עצים דהיתר בשוגג, דלפי טעמו של המג"א משמע דמותר להוסיף עליהן, ולפמ"ש בפנים בביאור ראיית המרדכי יש לאסור גם בזה, דאינו מועיל תו בביטול, משום דהאיסור היה ניכר בפ"ע:

סימן ז חידש אאמו"ר זללה"ה דקדשים שמעלה בהן האור שוב לא נעשו נותר ולמד זה בק"ו, ולכאורה קשה ע"ז ממשנה דמעילה [פ"א מ"ב] דבשר קדשי קדשים שיצא חוץ למחיצתו קודם זריקת הדם ואח"כ זרק הדם, הזריקה מתרת [ורק מדרבנן אסור באכילה לשיטת הרמב"ם כמבואר בתוס' יו"ט שם בסוף הפרק] והאי תנא ר"ע הוא, ור"ע ס"ל דאיסור חע"א [חולין ד' קס"ז.] וחל איסור יוצא על מעילה, [ועי' ברשב"א שם ובתוס' שם ד' ק"א:] ואפ"ה מהני הזריקה להוציאו מאיסור יוצא, לפ"ז נימא ג"כ הק"ו דתועיל הזריקה קודם שיצא חוץ למחיצתו דשוב לא תיפסל ביוצא, וא"ל דזו היא הנותנת כיון דלפום הק"ו הזה לא מש"ל דין פסול יוצא, ע"כ לא דיינן ליה, כמבואר בתוס' מכות [ד' ג':] ובריטב"א שם גבי ומה הסוקל אינו נסקל עי"ש, דהא זריקה אינה מועלת ליוצא רק היכא דיצא מקמי דפייך מיגו וכדאיתא שם, וי"ל דהכא שאני דאיכא טעמא משום שנעשה לחמו של מזבח, אבל משום ק"ו לחוד א"א לדון, ויש להאריך בזה ע"פ המבואר בש"ס מכות [דף י"ח] ואכ"מ:

באות ד על הספק ביו"ט שחל להיות בשבת אי אסור מוקצה לשיטת הרי"ף וש"ע, והכרעת אאמו"ר זללה"ה בזה עי"ש, והבאתי ראיה לזה ממ"ש ר"ה [ד' י"ח:] בתלתא בתשרי וכו' ופריך ות"ל דהוי יום וכו' דברי קבלה כד"ת דמי, וקשה לכאורה גם עתה שבטלה אדכרתא יהא מותר להתענות יום שלפניו, בשגם דהוי דברי סופרים מ"מ א"ל חיזוק דיזהרו בזה משום דהוי ד"ת, וע"כ דעשו החיזוק כי היכי דלא ליזלזלו באותו היום ובשאר הימים הכתובים במגילת תענית, ומוכרח כמ"ש בפנים דהיכא דעשו הגדר משום עלמא כגון במוקצה לא פלוג רבנן, ומצאתי בחת"ס או"ח [ס"ס ע"ו] שכתב מזה, וגם ראיתי בחידושים [שנדפסו אצל המשניות] מהגאון מוהר"י משולם ז"ל אב"ד דק"ק לובלין במס' ביצה, שמביא הספק הזה וראיה זאת לבד. ומ"ש בפנים [באות הנ"ל] דקשיא לבעה"מ מריש ביצה, הגם שהבעה"מ כתב שם דגם ביצה הוי דרך הנאה ע"י בישול, אבל מ"מ איכא רבותא טפי, דבתרנגולת רק ע"י מלאכת שחיטה חזיא לאכילה פשיטא שאסורה, אבל בביצה הו"א כיון דחזיא לגומעה חיה תהא מותרת, קמ"ל כיון שדרך הנאתה ע"י בישול הוא, מש"ה אסורה גם לגומעה [אחר כתבי זאת מצאתי קושי' זו בדרוש וחדוש בריש מס' ביצה ע"ש]:

באות ט מ"ש להביא ראיה מרש"י כתובות דלאחר שעשו אין לוקין מלאו דלא תענה, לכאורה רציתי לומר משום דישנו עדות ממון ובזה בוודאי ל"ב התראה בעדים זוממין, כמבואר בש"ס כתובות [ד' ל"ג.] ר"א אמר עדים זוממין ממונא משלמי משום דלאו בני התראה נינהו, ואם נצרף עדות זוממין של ממון, דבכל ענין ל"ב התראה אפי' אם נעשה מעשה על פיהם [לשיטת הפוסקים ובפרט דאנן קיימינן השתא לשיטת הרמב"ם דפוסק (בפ"כ מהלכות עדות ה"ב) דבממון אפי' אם כבר נעשה מעשה מחויבין לשלם], ועדות זוממין של מיתה ומלקות קודם שנעשה מעשה ע"פ, דל"ב התראה, הוי רוב לגבי עדות זוממין של מיתה ומלקות לאחר שעשו ועדות ב"ג וב"ח. אבל באמת ז"א, דתירוצא דש"ס הכי אזלא, כיון דמצינו דרוב עונשי עדים זוממין בלא התראה הן מכאשר זמם, ויצאו מן הכלל, שבכל התורה לא מצינו עונש הגוף בלא התראה, לכן גם היכא דלא מצינו שיצא מן הכלל, כגון בעדות ב"ג דלאו מכאשר זמם הוא שדינן ליה בתר רובא, משום דכתיב משפט אחד, וע"ז הביא אאמו"ר זללה"ה ראיה, דמנ"ל לחדש גם היכא דלאו מכאשר זמם ענשינן להו, נגד הכלל שהוא בכל מקום דעונש הגוף אינו בלא התראה, הא אדרבה בהו אית רובא, ומעדות ממון אין ללמוד, דזה לא יצא מן הכלל, דבכל התורה כן הוא, דעונש ממון ענשינן גם בלא התראה: ומ"ש בפנים בדברי הרמב"ם דמאי נפ"מ אי לוקין מכאשר זמם או מוהצדיקו, סבור הייתי לומר דנפ"מ דמחמת והצדיקו ל"ב שיוזמו כולם, דמ"מ נתברר דעבר על לאו דלא תענה, אבל מלשונו הזהב שם [הלכה ח' פ'] ל"מ כן, מדנקט בכל הפרטים והוזמו לוקין ולא השמיטנו רבותא יותר דאפי' בהזמת יחיד לוקה, ושיעשו פסולים ליכא נפ"מ גם אי לוקין מטעמיהם כאשר זמם נפסלו אפי' בלא הוזמו כולן ולא נגמר הדין כמ"ש הריב"ש [סי' רס"ו ד' ע"ב] בשם הרמב"ם פ"כ [וע"ש שם פרק שני] מובא בתומים [סי' ל"ח]:

באות יא מה שהשיג על ראיית הר"ב השואל מלאו שניתן לאמב"ד, לפענ"ד מובן ע"פ מ"ש בפנים [בסוף אות שאחר זה] דגם אליבא דר"ל היכא דהוי מחד לאו אזי בשגג על החמור חייב על הקל, ורק טעמא דפטורא משום דחסר ללאו, וה"ה דיש לומר לר"י ולדידן, היכא דה"א לחיוב מלקות בלתי שיהיה שוגג על החיוב מיתה:

באות יב מ"ש דברי התוס' ב"ק בשם ר"י דטעמא דאדם פטור מכופר לאו משום קם ליה בד"מ, לכאורה נראה מרש"י ב"ק [ד' כ"ג:] ד"ה אדם ובור שחולק ע"ז, שכתב דאדם פטור משום דבר קטלא הוא, וגם קשה על רש"י דהא אנן קימ"ל כופרא כפרה, ובכפרה ל"א קלבד"מ, כמבואר בתוס' פסחים [ד' כ"ט.] ותוס' כתובות [דף ל':] ד"ה זר, [אך דלשיטת רש"י פסחים שם תד"ה את יוה"כ אין הכרח דבכפרה ל"א קלבד"מ, דבל"ז ל"ק מתרומה כיון דבשוגג גם ר' נחוניא בה"ק מודה, ועיין ברש"י בסוגיא דהאוכל תרומת חמץ בפסח]. איברא בפטור אדם מכופר גם רש"י מודה לר"י דאינו משום קלבד"מ, וכוונת רש"י הוא רק על דמים [וכ"כ הקצוה"ח סי' ת"י סק"ד], אבל על הכופר הטעם משום עליו:

והא שכתב בפנים [באות זה] להקשות על תוס' ב"ק דאיך ילפינן לר"מ מעדים זוממין הלא הוי על עבירה אחת. הנה לפום רהיטא נראה, דלפמ"ש תוס' מכות [דף ד':] בהס"ד סבר, ל"ק כלל דר"מ לא יליף מעדים זוממין לעלמא רק דכדי רשעתו קאי על מיתה ומלקות, וממילא דליכא קרא לפטור במלקות וממון, אבל א"כ נימא איך מוקי ר"מ הקרא דכדי רשעתו על מיתה ומלקות, הא בעדים זוממין היכא שהעידו שחייב מיתה ונמצאו זוממין מחוייבים מיתה ומלקות, בשביל שמזיכה על עבירה אחת, ואין להם כפרה רק עד שיענשו כאשר זמם ומלקות מחמת לא תענה, וע"כ דקרא לאו לגופי' רק לעלמא שלא יענש מיתה ומלקות משום ב' עבירות, א"כ נוקי הקרא גם על מלקות וממון וקאי לעלמא, ועוד דמשמע דגם ר"מ מודה במעידים שחייב מיתה והוזמו דאין לוקין ואמאי הא הוי על עבירה אחת:

ולבאר

ולבאר ביותר מ"ש לתרץ דברי תוס' ב"ק, הוא, דיש סברא לחייב שניהם היכא דתרווייהו מחמת ב' עבירות דבכר נמלא החיוב סקל הזה בפני עלמו, יש לומר דגם עונש החמור לא יפטרהו את עונש הקל, משא"כ לחייבו שניהם מחמת עבירה א' ולהטיל עליו חיוב אדם בשניהם, ובעבירה חמורה מאד יש סברא להיפוך דגם דאזיק דהיכא דעשה שני עבירות ביחד פטור על הקל אבל בזה אין לו כפרה רק שיענש בשניהם, [אך זה אין לשקול מסברא רק בהכרח], וע"כ ראיית ר' מאיר שפיר דבמלקות וממון א"א לפוטרו מכדי רשעתו גם בעלמא, דהשתא בעד"ז דמחוייבים שניהם בחיוב אדם, מכ"ש בעלמא היכא שהוא משני עבירות דלא פטרינן ליה מעונש הקל, דאין לומר משום חומר עבירה, דהא לא עבדי מעשה, אבל גבי מיתה וממון שפיר קאי כדי רשעתו גם לגופיה דבשביל דלא הוי מעבירות חמורות, בוודאי בשביל עבירה אחת לא ענשינן לתרווייהו, וכן השיב ר' עקיבא לר' ישמעאל [מכות ד' י"ג:], ורק רולח יצא מן הכללים האלו, דהא הוי עבירה חמורה דהוא מן ג' עבירות וכו', וע"כ שייך סברא שניה הנ"ל לחייבו שניהם, וגם מחמת סברא ראשונה יש לחייבו ברולח, דהא כבר ישנו לחיוב כופר היכא דהוי רק גורם למיתת אדם, ואם לא נחייבו כופר בהרגו ממש הוי כעין פטור, וכיון דשייך גביה שני הטעמים יחדיו ידובקו לחייבו מיתה וכופר, ע"כ לריך קרא דעליו, וכמ"ש בפנים:

באות יד מ"ש אאמו"ר זללה"ה לדחות הקושיא בזבחים, וגם לפמ"ש בתפארת ירושלים ריש זבחים דבכל הזבחים שנזבחו לשם חולין עלו לבעלים לשם חובה חוץ מחטאת ופסח, אין סתירה לזה, דזהו רק מסברא, ולמסקנא שם דבסתמא עלו לשם חובה, גם לשם חולין אמרינן כן, משא"כ לס"ד דגם בסתמא לא עלו לשם חובה, ומכ"ש לשם חולין:

באות טו במ"ש ליישב דברי תוס' מנחות יש לעמוד בזה דא"כ ל"ל לתוס' לומר דקרא איירי במומר נימא דמיירי בעובד כוכבים כפשטא דבן נכר, רק התורה גילתה דעובר על בעל מום בל"ת, ולא נימא דיקלא בעלמא הוא, וכמ"ש לפרש ראיית התוס' מתמורה, ועוד הא התוס' בקושייתם נקטי דהדיוק קאי הא תמימים יקרבו, [דאל"כ לא הקשו כלל, וכמ"ש בתירוצם הראשון שם], ואי איירי במומר מ"מ איך נפרש הדיוק הלא גם תמימים אין מקבלים מהם, אולם נכונים הדברים, דהדיוק מיד בן נכר לא תקריבו את אלה הא תמימים יקרבו בהיתר [לפי קושיית תוס'] הוא כיון דיש מקום לטעות ולדייק כזה, ובוודאי לא הניחה התורה מקום לטעות, ע"כ דייקינן דהאמת כן הוא, וא"כ אי מיירי במומר לא סלקא אדעתא דתמימים מקבלים, דהא כבר גילתה התורה מכם להוליא את המומרין, ועוד דממילא שמעת דגם תמימים אין מקבלים, דאל"כ ל"ל קרא על בע"מ הלא ידעינן דגם בע"מ עובר בלאו, דישראל הוא, דכל הס"ד דאינו עובר על בע"מ משום דאין מקבלים ממנו תמימים, והוי כדיקלא בעלמא, משא"כ אי קרא קאי בעכו"ם דאין לנו שום לימוד בפירוש דא"מ מהם, והגם דאיכא סברא דלא יגרעו קדשי מזבח מקדשי בדק הבית, עי"ז לא נוכל עוד להוליא הפסוק מפשטות דהדיוק הוא הא תמימים יקרבו, כיון דיש לטעות בזה דלא כסברא זאת, ולומר דהא דאסרה התורה בע"מ לא משום דהו"א דדיקלא בעלמא הוא, רק דלא נימא כיון דלבן נכר הינו אסור רק מחוסר אבר וכו', וכתירולא דש"ס תמורה [דף ז'], ולהכי השיבו על זה מש"ס תמורה כיון דכתיב איש איש דמקבלין, ומיעטה התורה שם דחטאות ואשמות א"מ מדכתיב לכל נדריהם לכל נדבותם נימא דעל זה קאי דבע"מ לא יקרבו ול"א דדיקלא בעלמא הוא, ואין מקום לטעות דתמימים יקרבו חטאות ואשמות, כיון דכבר נלמד מלכל נדריהם ונדבותם, אלא וודאי דל"א סברא זאת דמשום דחיית גברא הוי כדיקלא בעלמא:

באות יז בחקירה בנתערב כזית מלה של מע"ש בכזית חולין, בטרם הגעתי לפרק זה לעיין בו הקדימני אחד מתלמידי אאמו"ר זללה"ה, הוא האברך החריף מו"ה ישעיה נ"י מירושלים ת"ו, וכתב אלי שנפל במבוכה רבה, דלמה אין לדמותו ולכנותו בשם מלוה הבאה בעבירה, דהא אילו בא לשאול על כל זית וזית בפני עלמו היינו אוסרים לו לאכול את שניהם, וגם אחר אכלו עבר על כל אחד וא' על ספק איסור, וכי יגרע מאיסור דרבנן, כמבואר ברש"י פסחים [דף ל"ה:] ד"ה טבול מדרבנן, והגם דהכא יצא בתורת ממנ"פ כיון שאכל את שניהם, ואחד מהם הוא היתר בוודאי, מ"מ לא מלא מרגוע בסברא זו, דהכא העבירה הוי גדר וחומה לבלתי תת מקום לקיום המלוה כי אם כפגשו בעשיית העבירה דהא סוף סוף אינו יכול ללאת ידי וודאי של מלוה כ"א אחרי אכלו וודאי של איסור, ועיין בשעה"מ [פ"א מהלכות לולב הלכה ה'] שהקשה על הא דאין ממעטין ביו"ע ואם מיעטן כשר הא הוי מלוה הבה"ע ותירץ משום דבשעת עשיית המלוה לא נעשית העבירה ל"ה מהב"ע, א"כ ניחא, אם נימא דבספק עבירה ל"ה מלהב"ע, גם הקשה מוהר"י הנ"ל על הסברא דל"א הואיל בטבל משום דהחסרון הוא בגופו, מדברי הרשב"א בספר הבתים מובא בשעה"מ [פ"ו מהלכות חמץ ה"א ד"ה שוב אינה ד' לידי] דלהכי אינו יולא י"ח באתרוג של תרומה טמאה ול"א הואיל ואי בעי מיתשל עליה משום דהדר לטיבליה, ולהפריש עליו ממקום אחר א"א משום דאין מגביהין תרומות ומעשרות ביו"ט, ולא נחית לחלק משום דהוי החסרון בגוף הדבר. והשיבותיו, מה שהעיר בהשכל מטעם מהב"ע. הנה במעשר שני בירושלים הותר באכילה, רק לר' מאיר אינו יולא משום דהוי ממון גבוה. ובגבולין, כיון דקודם שהביא המע"ש לירושלים ל"ה ל"ת אכילתו רק אסור מחמת מ"ע מדכתיב ולרת הכסף בידך, כמ"ש בש"ס מכות [דף י"ט:] ובתוס' שם ד"ה אר"י, וכ"פ הרמב"ם [פ"ב מהלכות מע"ש ה"ו] ובכ"מ שם, ומסתברא דזה אינו איסור על החפץ רק על הגברא החיוב להביא הפירות לירושלים או לפדותן, ובכה"ג תו ל"ה מהב"ע, וכדברי הירושלמי גבי הקורע בשבת דילא ידי קריעה משום דלאו היא גופה עבירה רק איהו עביד עבירה, וכ"פ ביו"ד [סי' ש"מ סעיף כ"ח] ובש"ך שם [ס"ק מ"ב], ונמלא דאין מליאות לקושייתו מטעם מהב"ע, רק בגוונא רחוקה שכבר היו בירושלים והוליאן, ובאמת לא מיירי בכה"ג דלא שכיח, דאסור להוליאן וכמבואר ברמב"ם שם, ולפמ"ש האחרונים דבשוגג ל"ה מהב"ע, א"ש בכל גווני. ומה שהקשה מהרשב"א מובא בשעה"מ ל"ק כלל. דאיהו אזיל בשיטת הרמב"ן החולק ע"ד תוס' וס"ל דגם בכה"ג אמרינן הואיל יעו"ש, ויותר ממה שכתוב כאן דברתי בזה ולאהבת הקילור כתבתי רק ההכרח לענין:

ומ"ש בפנים [באות זה] דאיפשר לומר דבדבר שיש בו דין ממון לכ"ד לא בעינן היתר אכילה, לכאורה תמוה גמרא ערוכה לפנינו סוכה [ד' ל"ה.] דהקשה בתרומה טמאה הלא יש בה ד"מ להסיק תחת תבשילו ומסיק דהיתר אכילה כ"ע ל"פ דבעינן, הרי גם דיש לו ד"מ מ"מ בעינן ה"א, ולפענ"ד הכוונה הוא דתרומה טמאה שוה בפחות מפיסורה והגיע רק לדמי עלים, בשביל שאינו שוה רק להסיק תחת תבשילו, ומ"מ מיקרי ד"מ דיש לו בה היתר הנאה לדבר פרטי עכ"פ [וכמ"ש בפנים באריכות לקמן בדיני כתותי מ"ש (בסי' י"ג אות י"ב) דהפקעת דין ממון הוא ע"י שניהם יחד פחות שווה ואיסור מכירה וקידושין], וכיון דת"ט נפל ממדריגת דין ממון באחד מהתנאים האלו שנפחת משוויו, לכן פסול משום ה"א, אבל בטבל שכזית שיש לישראל בו אינו נפחת משוויו כלל מאשר כבר היה חולין ומותר למכור גם עכשיו, ולא ילא מדין ממון כלל [וכן מדוקדק בלשון כמ"ש בפנים, בדבר שיש לו ד"מ שהוא שלו לכל דבר] לא איכפת לן במה שאינו ראוי לאוכלו, ומ"ש רש"י סוכה שם תד"ה אלא בה"א כ"ע ל"פ דבעינן, דכיון דלא חזי לכל דרכי הנאה לאו לכם הוא, זהו לשיטתו שאתרוג של טבל פסול משום שאין בו היתר אכילה, [ומופלג אחד מירושלים תובב"א, אמר לחלק מת"ט עפ"י דברי ריב"א בתוס' פסחים (דף מ"ו.) דמש"ה אסור ת"ט ביו"ט נהי דיכול ליהנות ממנו בשעת ביעורן, מ"מ כיון דאסור בכל ההנאות נמלא שההבערה אינה להנאה אלא לשם מלות שריפה, אלא שהתורה לא הקפידה אם יהנה ממנה מש"ה דמי לשאר שריפת קדשים, ולהכי בתרומה שאינו שלו לכ"ד דעיקרו לשריפה קאי לקיים בו מלותו, וכיון שלא נשלם בלד ממון שבו מעכב ההיתר אכילה, משא"כ בטבל שהוא שלו לכ"ד לא איכפת לן בהיתר אכילה דידיה, עכ"ד]:

באות יח מ"ש לחלק בסברת הש"ס דאילו אתי אליהו, יש להביא ראיה לזה מש"ס בכורות [ד' מ"ח:] דאמר ר' ירמיה בשני יוסף ב"ש שמכר אחד מהם שדה לחבירו בע"ח גובה ממנו מחמת ממנ"פ, ורבא אמר מכדי נכסוהי דבר נש אינון ערבין ביה וכיון דאינו יכול לגבות מהלוה א"י לגבות מנכסיו, וכ"פ בש"ע חו"מ [סי' מ"ע סעיף י'], וזה כמה אשר הקשיתי לא"א הגאון זללה"ה מש"ס גיטין אלו, גבי כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה הרי אלו אוכלין בתרומה ממנ"פ אי בן כהן הוא, או עבדו של כהן, ובעי' למיפשט דמעוכב גט שיחרור אוכל בתרומה, דאל"כ למה יאכלו, הלא על כל חד וחד

הספפק

הספק שמא הוא עבדו של כהן, ולעבוד א"ל [דילמא כהן הוא] ודמי למעוכב גט שיחרור, ותירץ הש"ס דלעולם מעוכב גט שיחרור אינו אוכל בתרומה [וכ"פ הרמב"ם בפ"ח מהלכות תרומות הלכה ה'], והיינו טעמא דאוכלין, דאם יבא אליהו ויאמר בחד מינייהו דעבד הוא קנין כספו קרינן ביה, ומוכח מזה דהיכא דאיכא ממג"פ, אמרינן הסברא דאם יבא אליהו, ולמה לא נאמר כן גבי ב' יוסף ב"ש שלקח אחד מהם שדה מחבירו ואחר הוציא עליהם שט"ח דלגבי לוקח איכא ממג"פ, ואם יתברר ע"י עדי השטר שיאמרו מי מהם הלוה אזי יהיה לו דין מלוה בשטר, כמבואר בש"ך [סי' מ"ט ס"ק י"א] בשם הרבה פוסקים, וגם דמ"מ השתא שאין לנו בירור מעדי השטר, וא"י לגבות מיב"ש המוכר, ע"כ מדחה לו ג"כ יב"ש הלוקח ואומר שהמוכר חייב לו, וכיון שאין לו שיעבוד הגוף ממילא לא נשתעבדו נכסיו, והא התם גבי כהנת שנתערב ולדה נמי דכוותיה דעבד אינו אוכל בתרומה רק היכא שמחויב בעבדות [לצד זה של איבעי' דמעוכב ג"ש], והא מ"מ אינו צריך לעבוד אללו דילמא כהן הוא, ואפ"ה מותר בתרומה משום דאם יבא אליהו וסמכינן על זה בקום ועשה, ומפני מה גבי ב' יוסף ב"ש ל"א כן, ודוחק לומר משום דממונא מאיסורא לא ילפינן, [ומה שתירץ לי אז נעלמה ממני כעת], ולפמ"ש בפנים אתי שפיר, דהתם בכהנת שנתערב ולדה די באם יהיה עליו חיוב עבדות בפועל, ע"י בירור, הגם דהשתא א"ל לעבוד אללו, אבל גבי ב' יב"ש, דהמלוה את חבירו לא יתבע מן הערב תחילה, וכיון דמ"מ השתא אינו יכול לגבות מהמוכר שלו ואין לו שיעבוד הגוף עליו, ע"כ ממילא אין לו שיעבוד נכסי:

[**ואגב** דאסיקנא בזה אזכיר מה ששייך עוד לזה. הנה בנכרי שהביא דורון ביו"ט לישראל אם יש באותו המין במחובר דאסור לערב בכדי שיעשה (ביצה דף כ"ד), ולדעת רש"י והרבה פוסקים בערב יום ראשון מותר אם ממתין בכ"ש, משום ממה נפשך דאי יום הראשון קודש הרי המתין בכ"ש, ואי חול הוא הרי ניצוד בחול ומותר לגמרי, וכ"פ המחבר בש"ע תקט"ו, (ולדעת החולקים הוא משום שלא יאמר לנכרי לעשות בשבילו), וזה כמה אשר הקשיתי הלא אם יצוד הנכרי בליל או ביום ב' יהיה אסור באכילה מחמת ספיקא דיו"ט שני, וא"כ מאי ממג"פ איכא אכתי ניחוש דילמא יום ראשון קודש ואסור כל יום טוב שני שלא יהנה ממלאכת יו"ט הראשון, כיון דסוף סוף לא יוכל ליהנות ע"י מלאכת יו"ט שני, ומאי מהני מה שהמתין בכ"ש, דגם אם יעשה המלאכה בתוך הזמן לא יוכל ליהנות ממנו, ומה לי אם היה לו מניעה שלא יוכל לצוד בשני, או מחמת איסורא דרבנן, ומצאתי עיקר הקושי' בספר בינה לעתים מרשכבה"ג כ"ר יהונתן זצוקלה"ה, בחידושיו על הרמב"ם (פ"ב הלכות יו"ט ה"י) והניח בצ"ע, וכפי שכתוב שם הקושי' כיון דאסור לעשות מלאכה ביו"ט ב' לכן מיקרי נהנה ממלאכת יו"ט ראשון, יש לומר כיון דהוי רק איסור מדרבנן מיקרי בידו לעשות, וכמ"ש התוס' סוכה (דף ל"ב) בד"ה באשירה, אבל באמת הקושי' דגם אם יעבור ויעשה המלאכה יהיה אסור ליהנות ממנו, ובכה"ג ל"מ בידו וכמ"ש תוס' שם גבי נכרי, ואיסור הנאה ממלאכת יו"ט שני משום מוקצה כדמוכח בש"ס עירובין (דף מ') גבי בני גננא דגזו להו אסא ביו"ט דגם רבינא לא שרי להו לארוחי בהו רק לאורתא, ולמסקנא שם גם במוצאי יו"ט ב' אסור בכדי שיעשה משום דלא ליתו לזלזולי ביה, וכמ"ש רש"י שם (דף ל"ט:):

והנה חקירה זאת אם אנו דנין לפי האמת דממג"פ מותר ליהנות או כפי אשר עומד הדבר בפנינו, דגם אי אמרינן דיום הראשון קודש מ"מ אסור ליהנות ממלאכת יום ב' מספיקא דדילמא יום ב' קודש, יש לפשוט משקלא וטרי' דש"ס גיטין (דף מ"ב) גבי כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה, דיהא אסור לאכול בתרומה גם דאיכא ממג"פ, משום דמ"מ א"ל לעבוד אללו דילמא הוא ולד כהן, וכיון דכן יאסר בתרומה דילמא הוא ולד שפחה, ותירץ הש"ס משום אילו יבא אליהו ויאמר בחד מינייהו דעבד הוא קנין כספו קרינא ביה, וה"נ כן הוא, דעל כל צד הספק שיבא אליהו ויאמר יהיה היתר ברור אחר כדי שיעשה, לכן גם השתא דליכא בירור מותר מחמת ממג"פ, וראיתי אח"ז בדו"ח ביצה (דף ו') בפירושא דתוס' על קושיית הש"ס שם דעגל שנולד מן הטריפה וכלו לו חדשיו ביו"ט דיהא אסור דאינו מוכן אגב אמו, והקשו האחרונים דהא ביה"ש אסור לשחוט משום ספק דילמא עדיין יום הוא ולא כלו לו חדשיו, והוי רק מוקצה מחמת יום שעבר דל"א, וכתב הדו"ח דלק"מ כיון דאם ישחט ביה"ש הוא אסור באכילה לעולם מחמת ספק נפל, ממילא דאסור לשוחטו אז משום דלא הוי צורך אוכל נפש ושפיר אמרינן מיגו דאיתקצי ביה"ש, היינו מחמת איסור מלאכת יו"ט, דא"א לשוחטו דשמא באמת הוא לילה, כיון דמ"מ אנן לא נכיר ליה לאוכלו ביו"ט הוי מלאכה שלא לצורך א"כ יעו"ש, והוא במשקל סברא הזאת דאנו דנין לפי אשר הוא לפנינו, וקשה ע"ז הלא מהפוסקים הנ"ל מוכח להיפוך, וע"כ לומר משום אם יבא אליהו, וה"ה התם, דמה דאסור לשחוט מחמת מלאכת יו"ט משום דאסור באכילה, ואיסור אכילה הוא משום ספיקא דיומא דביה"ש עוד יום והוי ספק נפל, ואם יום הוא אינו אסור עוד מחמת יו"ט כלל, ואיכא ממג"פ דאין בו דין מוקצה, דאי ביה"ש יום הוא הוי מוקצה מחמת יום שעבר, ואי לילה הוא אינו אסור באכילה כלל ומותר לשוחטו, וא"כ נאמר ביה אילו אתי אליהו, ויש ליישב דהסברא דאם יבא אליהו אמרינן רק בדבר דשייך ביה בירור כגון בספק במקרה אבל לא בספיקא דדינא כמ"ש במל"מ (פ"ט מהלכות אישות ה"ו) ובזי"ר ח"ב (דף ל"ה עמוד ד'), ולהכי גבי כהנת שנתערב ולדה דשייך בירור ע"פ עדים שיעידו מי הוא ולד שפחה, וביו"ט ב' ג"כ יש בירור ע"י עדים שיאמרו מתי נקבע החדש, (וגם דהשתא ליכא בירור מ"מ השתא ליכא ספיקא דידעינן בקביעא דירחא רק משום דשלחו מתם הזהרו במנהג אבותיכם בידכם, עכ"פ לא חמירא מעת שהיה ספיקא) אבל בביה"ש דע"ז ל"ש בירור, דנעלם מכל העולם אי יממא הוא או ליליא, וע"כ ל"ש ביה למימר אילו אתי אליהו, וכיון דכן נכונים דברי הדו"ח דבכה"ג נקטינן בסברת קושיית הש"ס גיטין, ותירוצא דהש"ס לא שייך [והנה המהרש"א גם חידש בעגל שנולד קודם יו"ט וכלו השמונה ימים ביו"ט דאסור לשוחטו ביו"ט מחמת מיגו דאיתקצי ביה"ש, והאחרונים כתבו עוד דה"ה באותו ואת בנו דאם שחט האם בעיו"ט דאסור לשחוט הבן או הבת גם ביו"ט משום דהוי מוקצה ביה"ש, וע"פ דברי הדו"ח יש להתיר בזה, דגם על המהרש"א קשה דהוי מוקצה מחמת יום שעבר כיון דלא בעינן מעל"ע, ונאסר ביה"ש רק מחמת ספק יום שעבר, אבל באמת גם התם שייך תירוצו של הדו"ח, אכן בא"ב דמותר באכילה, דלדעת רוב הפוסקים בש"ע יו"ד (סי' ט"ז) מותר באכילה גם ביומיה, ואפי' לדעת בה"ג שם דאסור בו ביום באכילה, מ"מ אם ישחוט ביה"ש יהיה מותר באכילה בלילה, וכ"כ התב"ש שם בפירוש (בסעיף ד') וליכא למימר בזה איסור שחיטה מחמת יו"ט, א"כ הוי מוקצה מחמת יום שעבר, ול"א מיגו דאיתקצי ביה"ש, אך לפמ"ש הפמ"ג במש"ז בפתיחה להלכות י"ט (בחלק השני אות י"ז) בטעמו של המהרש"א משום דהוי מוקצה מחמת איסורא דאורייתא אמרינן מיגו דאיתקצי גם מחמת יום שעבר, לכן כתב שפיר דה"ה בא"ב דהוי בוודאי איסור תורה, [אבל ק"ק ע"ז ממתניתין דחולין ס"פ או"ב בד' פרקים בשנה צריך להודיע וכו' בעי"ט וכו' ע"ש, דמשמע ביו"ט מותר לשוחטו (ועי' בשמלה חדשה סי' ט"ז סעיף ז') והלא ר' יהודה מפרש שם האי דינא, שם בסיפא דמתניתין, ואיהו אית ליה מוקצה מחמת איסור, ואולי מפני שגם בערב יו"ט אסור רק מחמת ספק, לכן לא החמירו ע"ז, ונראה דבזה יש להחמיר יותר מגבי עגל שכלו ח' ימים ביו"ט, דהצל"ח שם השיג על דינו של המהרש"א כיון דהוי מוקצה בטעות דעכשיו נתברר דגם קודם יו"ט מותר היה רק דאנן לא ידעינן (ועמ"ש בפנים בסי' י"ג אות ו' ובהשמטות וביאורים שם), אבל בא"ב הוי מוקצה גמור דלא נתברר עכשיו טעות כלל], אולם עוד קשה לי מהא דקי"ל בש"ע (סי' ת"ו) במניח שני עירובין בשתי רוחות, לשני ימים של יו"ט, זהו שיכול להגיע לכל אחד משני העירובים ביום ראשון, אבל אם א"א לו להגיע להעירוב של יום השני ביום הראשון אין עירוב השני עירוב, והוא מהרמב"ם, וכתב המ"מ בטעמו אף דאיכא ממג"פ, מ"מ כיון דבעינן סעודה הראויה מבעוד יום, וכיון שאינו יכול להגיע לעירובו ביום ראשון אע"פ שהוא מחמת ספק מ"מ אינה ראויה מיקרי וכ"כ המג"א שם, ולמה לא נימא אילו אתי אליהו, כיון דאיכא ממג"פ ויוכל לבא לידי בירור, וע"כ לומר דבכה"ג ל"א אילו אתי אליהו משום דבעינן מבורר הדבר לפנינו, ולפנינו ל"ה סעודה ראויה, וא"כ יתעורר הקושי' הנ"ל להפוסקים דמתירים גם בליל ב' אם המתין בכ"ש, הא מ"מ לא יוכל ליהנות ממה שיצוד בליל או ביום ב' משום ספיקא, ואפ"ל כיון דגוף הטעם דחידשו רש"י והפוסקים משום שלא יהנה ממלאכת יו"ט, הגם דלא נעשה שום איסור ע"י ישראל, לא ע"י מעשיו ולא ע"י דיבורו, רק הנכרי עשה מרצונו (דאם צוה לו הישראל מסתברא דגם רש"י מודה לתוס' דאסור משום קנס אפי' ביו"ט ב' שלא יועיל לו הדיבור של איסור שעבר על שבות, רק דרש"י לא ס"ל דגזרו גם בנכרי שעשה מעצמו משום שלא יאמר לו) ואפ"ה עשו חז"ל הרחקה שלא יגרום מלאכת עבודה ביו"ט שום הנאה לישראל, לכן דיו שאסרת עליו בכ"ש עד שלפי האמת לא נהנה ממלאכת יו"ט כלל, לא להוסיף עליו ולאחוז תרי חומרות ביחד שיום ראשון קדש, ולפי אשר לפנינו לא יוכל ליהנות ממלאכת הנכרי עכשיו משום ספיקא דיום שני קודש כולי האי לא מחמרינן, ועפ"ז מובן היטב דעת רבינו יצחק הלוי המובא ברש"י ביצה (דף כ"ד:) דפוסק דצריך להמתין למוצאי יו"ט ב' בכ"ש, משום דפירושא דש"ס ולערב נמי אסורין בכ"ש בליל של שנייה קאמר, הוא כסברא הנ"ל. כיון דמחמת ספק אסור לעשות בליל ב', ואם עשה אסור ליהנות, ע"כ אינו מועיל רק אם המתין עד מוצאי יו"ט ב' בכ"ש, דאז שרי לעשות מלאכה בוודאי, ואילו אתי אליהו ל"א כמ"ש בפנים, ורש"י ס"ל דכולי האי לא מחמרינן, ואם יש לו היתר ממג"פ די, ועיין בתפארת ירושלים עירובין (אות ל"ז), וגם יש אתי עוד להאריך בזה ואכ"מ לקבל אריך]:

גם

גם מ"ש בפנים [באות הנ"ל] גבי קידש א' מב' אחיות דשני אם תהיה ראויה ליבום, וראיה מנדה, עיין תוס' ריש יבמות ד"ה ואחות אשתו, ולתירוץ השני שם הטעם דנדה הוי דרכי נועם, ומכ"ש הכא, דאם יהיה לנו בירור אח"כ, אז נודע דמעולם לא היתה אסורה עליו רק מחמת הספק ידיעה, [ובכה"ג אמרינן ברירה לכ"ע כדאיתא בעירובין (דף ל"ו:) וכבר בא חכם] והוי ודאי דרכי נועם, כיון דכל הטעם של הש"ס שם משום אם יבא אליהו א"ל רק היכא שהוכרו ולבסוף נתערבו ויש עדים לברר הספק, וכמ"ש הריטב"א והרשב"א יבמות [דף מ"א:] וגם לתירוץ הראשון של תוס' ריש יבמות גבי נדה, מ"מ הוי הכא ראויה ליבום, דמ"ש אם היבם במדה"י בשעת מיתת אחיו, או שהעדים אינם כאן:

בסי' ח מה שהתיר עפ"י דברי המנחת יעקב ופנים מאירות, בביטל ושגג על הביעור, דבדרבנן לא קנסו שוגג אטו מזיד, הנה דלדברי הר"ן ריש פסחים בשיטת רש"י, הטעם דלא סגי בביטול מפני שאין דעת בני אדם שוות ולא יוציאוהו מלבן לגמרי ולא יקיימו מצות תשביתו [ועמ"ש בפנים לקמן (סי' כ"ב אות ט') לפרש את דברי הר"ן אלו ומש"ש בביאורי בענין זה] א"כ יש חשש דאורייתא בזה שעבר על בל יראה, ולמה לא נקנוס שוגג אטו מזיד, ולכאורה י"ל דבעובדא דידן לשיטת רש"י בלא"ה מותר, דרש"י פוסק כר"ש לקיש דמשיכה קונה ד"ת, ובנכרי כסף קונה [גם מדרבנן, כדמוכח מתוס' פ' השוכר את הפועל (דף ס"ג) בד"ה והא וד"ה בזונה נכרית ומתוס' שם (דף ע"א) סד"ה רב אשי עי"ש] וא"ל לשטר כלל [דיקנה אגב קרקע או בתורת חצר] דכסף לבד קונה. אך ז"א דמסתמא [עשו כפי הנהוג בין ההמון אשר] לא מכרו לדבר בפירוש עם הנכרי מה הם מוכרים רק מסרו לו השטר, וכאשר כתוב בשטר ככה מכרו, וע"ז נתן הנכרי ערבון, ואם מסרו השטר מכירה היאך נתן ערבון על הכתוב שם, והלא עכשיו יש להם מיני חמץ אחרים וע"ז לא נתן כסף כלל, אכן זהו לשיטת רש"י אבל שאר הראשונים סוברים רק הטעם משום דלא בדילי מיניה ויבואו לאוכלו כמבואר בתוס' ובר"ן שם, והפוסקים [הטור ריש סי' תל"א והמג"א שם] הביאו רק הטעם שמא יבא לאוכלו לבד, וכ"פ בש"ע [סי' תל"ה וסימן תל"ט] דלאחר ביטול הוי רק ספיקא דרבנן, וממילא דלא עבר רק על גזירה דרבנן, וההיתרים האחרים הכתובים בפנים שייכים גם לשיטת רש"י:

באות ד דלכן לא יוכל לומר במתנה ע"מ להחזיר גבי חמץ, הריני כאילו התקבלתי, משום דצריך המקבל לקנות בחזרה. וכל הרואה יפלא בזה דהלא כל התנאי הוא לטובת הנותן, וא"כ יכול לומר הריני כאילו התקבלתי והקנה לי בקנין, ועוד דהא מקור דהך דינא הוא במתנה נדרים [דף ס"ג:] בקונם שאת נהנית לי אם אין את בא ונותן לבני כור של חטים וב' חביות של יין דיכול להפר את נדרו שלא עפ"י חכם ויאמר לו הריני כאילו התקבלתי, והתם נ"כ צריך הקנאה מהמודר, דאי לאו במאי יקנה. ברם נראה דעיקר סברתו דע"כ לא אשכחן דיכול לומר הריני כאילו התקבלתי רק היכא דהתנאי יוכל להתקיים גם ע"י אחר שאינו בע"ד שלו שהתנה עמו, ע"כ אם נתקיים התנאי ע"י עצמו דאמר הריני כאה"ת ג"כ סגי, דמה לי הוא או אחר, אבל במתנה ע"מ להחזיר דקיום התנאי תלוי בדוקא ע"י הבע"ד שלו ואם יתן אחר בעדו ל"ה קיום תנאי, דאפי' אם יוציאו הב"ד ממנו לא מיקרי קיום התנאי, כמ"ש בתשו' הריב"ש [סי' שמ"א] מובא בנתיבות [סי' רמ"א סק"ז] ובמחנה אפרים הלכות מהלכות אסורות סד"ה האמנם [והוא בשיטת הרא"ש דצריך קנייה ממנו בחזרה] וכיון דכן דהקפיד בתנאו שיתקיים התנאי דוקא ע"י המקבל שלו, גם הוא אינו יכול למחול התנאי ולומר הריני כאה"ת, דבכה"ג לא אשכחן. והא דמבואר בכתובות בסוגיא דקידשה ע"ת וכראשונים שם, בקידשה ע"מ שאין עליה נדרים דמהני מחילתו, הגם דקיום התנאי לא מהני ע"י אחר, יש לחלק דשם משום דה"א תנאי כזה להתקיים ע"י אחר זולתה, ולעולם כל כוונתו רק על ההקפדה שלו, משו"ה י"ל הריני כאה"ת, אבל במתנה ע"מ להחזיר דתנאי החזרה יוכל ליעשות גם ע"י אחרים, ואפ"ה התנה דוקא בחזרת הבע"ד עצמו ולא ע"י ב"ד או אחרים, להכי גם הוא א"י למחול התנאי, וכן גבי זכו בשדה זו ע"מ שתכתבו לו את השטר דחוזר בין בשטר בין בשדה [קידושין כ"ז] דהקשו הראשונים דלמה א"י המקבל לומר הריני כאה"ת, איפשר משום דגם שם יוכל התנאי להתקיים ע"י ב"ד, שהם ימסרו עדותן לב"ד ויכתבו לו את השטר, ולפעמים הדבר היטב נראה דהא אם נותן לו החמץ ולא תלה בחזרה

רק שאמר ותחזירהו לי לאחר הפסח, גם הרדב"ז מודה דמותר מדינא וכמ"ש המג"א [סי' תמ"ח סק"ה], וא"כ אם כוונתו רק על החזרה ושלא יעבור על בל יראה, היה די לו שיתן את החמץ ולא יתלה בחזרה רק שהנכרי יחייב עצמו שיחזיר לו לאחה"פ, ועכשיו ע"י התנאי מיגרע גרע לישראל, דגם אם לא יחזיר לו מ"מ אינו יכול להוציאו בדיינים כיון שלא נתקיים התנאי וכדברי הריב"ש הנ"ל, והוי חמצו של ישראל שעבר עליו הפסח דאסור בהנאה וא"ל להחזירו, ולקיים מצות תשביתו ג"כ א"ל להחזירו [אפי' בדין תורתנו הקדושה] שאחה"פ אינו מחוייב בתשביתו, כמבואר במ"מ מובא במג"א [סי' תל"ה וסי' תמ"ו סק"ב], וא"כ כיון דהתנאי אינו לטובתו כלל, ע"כ התנאי היה לקפידא בדוקא וא"י לומר הריני כאילו התקבלתי. וא"ל כיון דהנכרי אינו רוצה בקיום התנאי הוי גזל למפרע ומחוייב לשלם לו, דז"א דהא אם אינו רוצה להחזיר לו בתורת קיום תנאי, ונהי דהוי גזל מ"מ כיון דהוא אסור בהנאה דהחמץ היה של ישראל בפסח, והנגזל יכול לומר הרי שלך לפניך, [וכמ"ש המק"ח סי' תמ"ח ושאר אחרונים דבגזל חמץ ועה"פ דאסור בהנאה מחמת הנגזל דלא כהנו"ב] וממילא דלא יהיה לישראל שום ריוח בגביית ב"ד מהנתבע שלו, ובתשביתו אינו מחוייב לאחה"פ, כהנ"ל, שוב לא מזדקקין לזה להוציאו ממנו. ויש לומר עוד טעם אחר עפ"י דברי הר"ן בסוגיא דקידשה על תנאי, שחידש על קושיית הראשונים גבי ע"מ שאני עשיר ונמצא עני, כהן ונמצא לוי, אע"פ שאמרה בלבי היה להתקדש לו אינה מקודשת, אמאי הא יכולה למחול התנאי, וכתב הר"ן לתרץ כיון דאמרה בלבי היה מיגרע גרע שמשמעה דאשונה לא היתה מקפדת ואעפ"כ התנתה, כיון דדברים שבלב אינן דברים נתבטלו הקידושין להלתר, שלא להנאתה התנתה אלא תנאי גרידא היה ובטלו הקידושין מיד, אבל במתנה להנאתו יכול הוא לומר לה [או היכא דהתנאי להנאתה יכולה שתאמר] הרי את עלי כאילו נתקיים התנאי, א"כ ה"ה גבי חמץ, דהישראל נותן החמץ להנכרי במתנה ע"מ להחזיר, שפיר כתב הרדב"ז דאסור מדינא דשמא לא יחזיר לו והוי החמץ שלו, מאי אמרת, דיכול לומר הריני כאה"ת, הא מיד בעת המתנה אינו ראוי זולת באופן זה, א"כ מיד בשעה שהתנה הוא בלבו שאינו מקפיד על קיום התנאי כדי שלא יעבור על ב"י בתוך ימי הפסח, ובפרט דמסתמא כל מתנתו היה להציל עצמו מאיסור ב"י, וכיון דזה לא הוי ביטול התנאי משום דהוי דברים שבלב, א"כ התנאי היה בדוקא ול"מ מחילתו כלל, וא"ל דמ"מ התנאי היה להנאתו משום דשכנגדו יחשוב שהתנאי בדוקא, ועי"ז יהא זהיר להחזיר לו, א"כ מה תירץ הר"ן התם גבי ע"מ שאני עשיר ונמצא עני או עני ונמצא עשיר, נימא ג"כ דעי"ז שהתנתה יסבור הבעל שהחיוב עליו לקיים התנאי, יהיה זהיר ביותר לקיים ע"י מעשה ידיו, או שירצה לאחרים שיגדלוהו משלהם ויתנו לו מתנות, ואם בכל זה לא יתקיים ג"כ לא יתבטל הקידושין, א"ו כיון שאמרה בלבי היה, נתגלה שהתנאי לא היה להנאתה, וה"ה בחמץ גבי מתנה ע"מ להחזיר:

ובכל אלו הטעמים שייכים רק בדינו של הרדב"ז, אבל בישראל שהלוה לנכרי ע"ח דאינו עובר מחמת ספק שמא יחליטנו בידו משום דיכול לומר הריני כאה"ת, הני טעמי ליתנייהו משום דגם מאחר מועיל הפירעון, וטעם השני לא שייך, דבלא מכירה לא יהיה החמץ שלו, שמסתמא שוה אז קודם הפסח יותר מדמי הלוואתו, וגם טעם השלישי ל"ש דאינו מבטל כלל במחשבתו המכירה בעת שהלוה לנכרי, דאטו עושה עסק זה כדי להציל עצמו מאיסור ב"י, דאדרבה מכניס החמץ אצלו וקונה שיהיה שלו, ואף אם יעלה במחשבתו איסור ב"י עוד העת פנוי לפניו שימכרהו כמו שיעשה בחמץ שלו, דגם קודם קיום התנאי יכול למכור לאחרים ע"מ שלא יפרע לו הנכרי כיון שהנכרי מכר לו מעכשיו על תנאי. [וראיה לזה דמבואר בב"ק (דף פ"ט) ובב"מ (דף י"ט:) ועוד בכמה סוגיות דאשה יכולה למכור כתובתה בחיי בעלה בט"ה, והלא כל חיובו של הבעל הוא רק ע"ת באם יגרשה או ימות בחייה, אבל אם היא תמות בחייו אין שום חיוב כמ"ש רש"י כתובות (דף נ"ג) ד"ה שאין אני קורא ובתוס' שם דאינו מטעם ירושה רק שלא נתחייב כלל, משום מדרש כתובה דדוקא לכשתנשאי לאחר מחייב עצמו עי"ש, וכ"מ בתוס' גיטין (דף ע"ד) ד"ה א"ב, דהיכא דנתגרשה בתנאי דע"מ ונתקדשה לאחר קודם קיום התנאי דחלין הקידושין עי"ש, והמל"מ (פ"ו מה' גירושין ה"ג) האריך בזה בשיטת תשו' הרשב"א, ומשמע דוקא לגרש א"י וכמבואר באבני מלואים (סי' מ'), וגם לדעת תשו' הרשב"א נסתפק במל"מ שם, דזהו דוקא בתנאי דמעכשיו ולאחר ל'], ורק בפסח אנו דנין כיון שלא מכר לאחרים, ע"ז שפיר אמרינן דאינו עובר משום דיכול לומר

לומר הריני כאה"ת, דבשעת המכירה והתנאי היה רק לטובתו ולצורכו, אבל בעובדא דהרדב"ז דהנידון הוא אם זהו עלה טובה כדי להציל עצמו מאיסור ב"י כדמשמע מדברי מג"א אשר הביא דבריו על לישנא דש"ע סי' תמ"ח סעיף ד' [וגוף תשובת הרדב"ז אינה תח"י] ואם גם זה לא יועיל רק ע"י אמירת הריני כאה"ת, א"כ מיד מוחל התנאי. ודמי לדברי הר"ן כתובות הנ"ל. ויש לפקפק בזה, דאם הוא לא ידע בעת המתנה מדינא דהרדב"ז וא"כ נודע לו, דאזי יוכל א"כ לומר כאה"ת, ועיין בבית יעקב בסוגיא דקידשה ע"מ בחידושיו שם לאהע"ז שכתב לתרץ קושיית החמ"ח [ס"ק כ"ב] וחידש דהגם דמי שהתנאי הוא לטובתו יכול לומר הריני כאה"ה, מ"מ כל זמן שלא נתרצה בפירוש יכול גם אידך לחזור ולבטל כמו גבי מום במקח עי"ש, א"כ גם בלא הטעמים הנ"ל ניחא בפשוטו בדינו של הרדב"ז דשמא יחזור הנכרי מיד שאינו רוצה להחזיר לו החמץ ושוב ל"מ אמירתו הריני כאה"ת, משא"כ בישראל שהלוה לנכרי דשם הוא להיפוך, וכי משום שהנכרי יתרצה בקיום המקח לא יוכל הישראל לבטל, הלא מ"מ כיון דהמקח הוא לטובתו יכול לומר הריני כאה"ת:

בסי' ט כתב אאמו"ר המחבר זללה"ה בקולר אחרים לפרש דברי תוס' פ' השוכר את הפועל [דף ס"ג] ד"ה והא, בתירוצם לחלק בין הא דנתנו לסיטון מעל ובין מה דמקשה שם בש"ס הנ"ל גבי אתנן, אשר ד"ק מרפסין איגרא, ופירש בכוונת דבריהם דהחילוק הוא דגבי נתנו לסיטון חיילי שניהם, הדאורייתא והדרבנן יחדיו, ע"כ אזלינן בתר הדאורייתא דדברי הרב ודברי התלמיד וכו', וכדאיתא כעין זה בש"ס תמורה [דף כ"ה] משא"כ גבי אתנן דכבר חייל הדרבנן טרם שנובע לדאורייתא, וגם ע"ז הוזהרנו מדאורייתא מלאו דלא תסור, אזי הענין דאורייתא שמתגלגל אח"כ נגרר בתר דינא דמעיקרא כיון שכבר חייל בשעתיה, וכבר כתב מזה בזי"ר חלק ראשון, וביותר בחלק אהע"ז [הלכה ה' סימן ה'], ומשם נשמטו איזה דברים מכת"י אאמו"ר המחבר זללה"ה, [ויעדתי בפנים להציג בסוף החיבור מה שנשמט משם, ובאמנה, רצוני היה להדפיס את כל ההשמטות מזי"ר ח"ר אבל לא עלתה בידי כעת, וה' ירויח לי לגמור גם את זאת] והעתקתי כה השייך לענין הזה:

מ"ש [שם אות ג'] דבכל דרגא דממונא אי אפשר לאחוז החבל בתרין ראשין וכו'. לכאורה קשה מדברי רש"י ב"מ דנפ"מ בין ר' יוחנן לריש לקיש, באם נתן מעות על המקח וקידש הלוקח בחפץ, דלר"י מקודשת, הרי דגם דחכמים הפקיעו קנינו אעפ"י כן כשבא לידי קוש ועשה מוקמינן ליה אדאורייתא, ובע"כ צ"ל בדעת רש"י כמ"ש בחידושי [והוא כעת בזה החיבור חלק ח"מ סי' ע'] בדיני מעות קונות [אות ב' ג'] דרבנן לא המציאו רק שיהיה במציאות צד חזרה שביניהם, למען ימרח ויליל, אבל כשנתקיים הדבר ולא הוקרה צד אונס במחיר הנקנה, אזי קנה למפרע בקנין מעות לחוד, ובאופן זה מקודשת לר"י כשנתקיים המקח ולא חזרו זה בזה: עוד נשמט שם דכל זה הוא היכא דחכמים עשו לגבי ממון, אבל אם עשו לגבי איסור אינו בכלל זה: שם [אות ד'] אולם לפ"ז וכו' שהרי יתגלגל מזה קוש ועשה באם יקדשנה בו המוכר. אמנם לדברינו שכתבנו בדיני מעות קונות דהא גופא קשיא, דאם נ"ש בהפקעת קנין מעות טעמא דהפקירא, היאך יוכלו לבטל קנינו של אידך כמו שהקשו בש"ס יבמות [דף פ"ט:] מירושת הבעל, ובגיטין [דף נ"ו] משמיטה, אלא בע"כ צ"ל דכל דבר הנעשה מדעת חבירו שאני. והוא עצמו נתן לו המעות מתחלה על דעת חכמים, יעוי"ש שהארכנו בזה, וכיון שהלך המוכר וקידש בחפץ זה הרי שחזר המוכר מקנינו, ואז אמרינן שגם הלוקח נתן לו מעיקרא אדעתא דהכי [ע"כ השמטה מפ' זי"ר ח"ר]:

באות ג מ"ש ליישב קושיית מהרש"א על רש"י, דכיון דמשיכה קונה בנכרי ע"כ לא יוכל לקנות מן ההקדש, יש להשיב לכאורה כיון דל"ש משיכה בהקדש לכ"ע כסף קונה, כמבואר בש"ס ב"מ [דף מ"ח] גבי בלן [בתוס' שם ד"ה בלן דר"י מוקי בבלן נכרי], אבל הטעם דאית' בתוס' עירובין [דף פ"א:] ובבכורות [דף י"ג:] ד"ה דבר תורה בשם הקונטרס דלר"ל לא ילפינן מהקדש משום דל"ש משיכה, דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה, ור' יוחנן דיליף מהקדש ע"כ לית ליה סברא זאת, [ובבלן אפשר הטעם משום דל"ש משיכה בשבע לכן מועיל קנין מעות, אבל בהקדש דכל אחד ואחד מהקנינים אינו קונה מחמת דין משיכה משום דכל היכא דאיתא וכו' וכסף אי לא הוי קנין בעלמא, אמרינן הי מינייהו מעיילת שיקנה, ולכן הוכיח ר' יוחנן דבעלמא נ"כ כסף קונה] וממילא דנכרי אינו קונה מהקדש משה"ט, [ומ"ש בהגהות אשר"י ב"מ שם בשם א"ז דלר' יוחנן הדין כן בבכור, וראייתו מבלן, הגם דשניהם אינם קונים מן הדין, הוא כשיטת תוס' דר' יוחנן יליף משום דסתם קנין דקרא איירי במעות], או אפ"ל דלהכי נכרי אינו קונה מהקדש דלמה לנו לעשות קנין חדש בעבורו, ומה איכפת להקדש אם יהיה הפדיון אינו שוה בכל. אך זה צ"ע דרש"י פוסק כר"ל דישראל קונה במשיכה ונכרי קונה בכסף וה"ה בהקדש, ולמה ליה לרש"י לפרש באוקימתא דרב יוסף דלא כהילכתא, ואחר החיפוש מצאתי ראיה לשיטת רש"י בע"כ רב יוסף ס"ל כר' יוחנן, דבקידושין [ח'.] יליף רב יוסף דישראל צריך שומא מכסף מקנתו יעוי"ש, ולא פירש דהמיעוט הוא דאין נקנה בתורת הבואה וכלים כתירוצא דרבה שם, וצ"ל דס"ל פירי לא עבדי חליפין, ולדעת רש"י קידושין [דף כ"ח:] דריש לקיש בע"כ ס"ל דפירי עבדי חליפין [דאל"כ קשיא מהמשנה שם לס"ד ולמסקנא] וא"כ רש"י לשיטתו, כיון דסובר רב יוסף פירי לא עבדי חליפין, בע"כ כר"י ס"ל דמעות קונות [וכן ראיתי אח"ז בפנ"י שם מראיה אחרת], ולכן פירש רש"י היטב בתירוצא דרב יוסף כר' יוחנן, וא"ל דנכרי יכול לקנות מן ההקדש ע"י קנין חליפין, וכדסבירא ליה לר"ת בתוס' קידושין [דף ג'.] סד"ה ואשה, דגם נכרי קונה בחליפין, אכן רש"י חולק ע"ז, כמ"ש התומים [סי' קכ"ג ס"ק כ"ב] בדעת רש"י ורשב"ם, ותירץ בזה את קושיית הש"ך שם מחמץ:

[**וע"פ** דברי רש"י עירובין הנ"ל, וכ"מ ברש"י ב"ק (דף ס"ו:) סד"ה דגזל וכו' שכתב דקרבן אינו נגזל דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה, (ומדברי רש"י אלו מוכח דמשום כל היכא דאיתיה וכו' גם קנין יד לא מהני, ומובן שפיר הדברים הכתובים בפנים כאן). לכאורה יש להעיר ע"ד הש"כ (סי' רנ"ה ס"ק ו' סד"ה ואין) שכתב דהקדש קונה בחליפין, הלא אנן קי"ל דחליפין הוא בכליו של קונה, ובהקדש לא מש"ל דיקנה שום איש מהם הסודר דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה, ועוד יותר קשה לכאורה דהא בש"ס ב"מ (דף נ"ח) משני רב ששת ור' יוחנן גבי הקדש בשקנו מידו, כדפירש"י שם דבהקדש מיירי (וכ"פ בש"ע ח"מ סי' ש"א ס"ד), ושתם קנו מידו הוא ע"י ק"ס כמ"ש בראשונים בכ"ד, ובתוס' כתובות (דף נ"ה:) ד"ה מתנת שכ"מ, ור' יוחנן גופיה ס"ל בחולין (דף קל"ט) דאמרי' כל היכא דאיתיה וכו' (גם בקדשי בד"ה), אך כיון דמהני גם סודר של אחרים (ש"ע סי' קצ"ה ס"ג), שפיר מש"ל גם בהקדש קנו מידו ע"י ק"ס של אחרים (ובפרט דלישנא דקנו מידו משמע בק"ס של אחרים כדאיתא בתוס' קידושין (דף כ"ו:) תד"ה ה"ג, וברא"ש שם סימן ל"ה), אולם חולקים בטעמו של דבר הא דמהני סודר של אחרים אם הוא מדין עבד כנעני או מדין זכיה ושליחות, ויעויין בט"ז ח"מ (סי' קצ"ג סעיף י"ד) ובקצוה"ח שם ובספר המקנה (דף ג') על התוס' בד"ה ואשה בפחות מש"פ, וכ"מ מלישנא דר"ת שם, וכ"מ מש"מ ב"מ (מ"ז) ד"ה לאפוקי בשם הרמ"ך עי"ש, ואם הוא מטעם שליחות יש להעיר קצת דלא יועיל גבי הקדש משום כל היכא דאיהו ל"מ עביד שליחא נמי לא מצי משוי, וכמ"ש תוס' קידושין (דף נ"ו) תד"ה מתקיף וכו' בשם הרבינו מאיר, וי"ל משום דמ"מ שייך בגוויה כדאיתא בש"ס שם (דף כ"ג:) גבי ע"כ, או דמש"ל חליפין בהקדש עפ"י סברת ר"ח מובא בר"ן רפ"ק דקידושין (דף ז') דבאדם חשוב אם המקנה נתן מנה לקונה והקונה הוא אדם חשוב, מהני מדין חליפין, דהנאה שמקבל ממנו חשובה ככלי, וא"כ בהקדש מהני אם המקנה נותן להקדש (וכמ"ש האלשי"ך ריש פרשת תרומה ובהקדמה לס' שב שמעתתא אות י' ממחלוקה השנית), ועי' תוס' ב"ק ריש פרק מרובה שעמדו בתימה דלמה צריך קרא דטוען טענת גנב בהקדש פטור מכפל, הא אינו חייב שבועה להקדש, וגם גלגול ל"ש בהקדש, ומדלא תירצו כפשטא דמש"ל בקנו מידו, וכתירוצא דש"ס ב"מ (דף נ"ח) הנ"ל, לכאורה מוכח דס"ל לרבותינו בעה"ת דל"מ בהקדש קנו מידו, מפני כל היכא דאיתיה וכו'. וגם ע"י סודר של אחרים ל"מ משום דהוי מטעם שליחות וכל היכא דאיהו ל"מ עביד וכו' ולא ס"ל דינא דהר"ח הנ"ל (ובדברי הש"ס ב"מ פירשו דהברייתא לא מיירי בהקדש כלל רק דקושיית הש"ס מהא דקתני לשמור את הזרעים דהוי קרקע כמ"ש הש"מ שם, וע"ז משני הש"ס בשקנו מידו), וק"ק דלא מובא בש"ע (סימן ש"א) שיטת התוס', אבל י"ל דלהכי לא תירצו כן משום דס"ל כשיטת הב"י ח"מ (ס"ס ס"ו) דבש"ח ל"מ קנו מידו משום דהוי קנין דברים, וקרא בש"ח איירי, או י"ל משום דרישא דפרשה דכתיב כי יתן איש אל רעהו דממעט הקדש מדין שמירה דבלא קנו מידו מיירי, מסתמא בחדא גוונא קאי סיפא דפרשה דממעט מדין כפל, והא דתירצו התוס' שם על שטרות וקרקעות דמיירי בגלגול, י"ל דבזה גם רישא מיירי דהוא בכלל כסף או כלים, כיון דהוא מטעם גוררין. בשיטת הר"ח הנ"ל, דכירנא שאמרתי בימי ילדותי בעת שמעי את קושיית הרב החריף המפורסם וכו' מהור"ש שלמה ז"ל. שהקשה על הר"ח מש"ס ע"ז (דף ס"ג) דפריך וכי אמר לה שלה זה מאי הוי הא מיחסרא משיכה (ומעות לא קנה), הא לשיטת הר"ח, הנאה עצמו מהני מדין חליפין, ואמרתי אז, דהא כלי של איסורי הנאה לא עבדי חליפין (שם ב"מ דף מ"ד: וש"ע סי' קנ"ה ס"ב), וכיון דכל טעמו של הר"ח הוא דהנאה הוי ככלי,

וככלי

ובכלי גופיה ג"כ ל"מ בכה"ג היכא דהוי א"ה, וה"ה דהנאה ל"מ היכא דהנאה הוי באיסורא, ומש"ה ל"מ גבי אתנן מדין חליפין כיון דהנאת ביאה הוי ע"י איסור]:

בסי' ו מ"ש [באות ג'] דביין נסך של ישראל שמשך העובד כוכבים ומכרו לאחר דמותר לקבל הדמים. לכאורה משמע מראשונים בריש פרק השוכר את הפועל, ומרי"ו מובא בב"י [סי' קל"ג] דרק בדיעבד מותר הדמים, אבל ראיתי בפמ"ג בא"א [ר"ס ת"ג בהגה"ה] שנוטה להתיר לכתחלה, ובתשו' פנים מאירות [ח"ב סי' מ"ג] הורה למעשה ליקח הדמים אפי' לכתחלה, יעוי"ש תד"ה איברא, ותד"ה ומעתה, [וגבי דהעלה האמו"ר זללה"ה בפנים דבחמץ אסור לכתחלה, ובפמ"א הנ"ל התיר גם בחמץ, הא כל הטעם לאסור רק משום מ"ע דתשביתו, וזהו בימי הפסח, אבל לאחר הפסח כבר עבר זמנו מלקיים המצוה, כמבואר בפירוש במג"א (סי' תל"ה וסי' תמ"ו סק"ב) ופסקו של הפמ"א הוא לאחה"פ], ובפרט בנידון דאיירי בפנים, באכלו מעצמו בלא ידיעת הבעלים, שמותר לבעלים לקבל המעות, דל"ש שום קנסא בזה, וכ"כ המק"ח [סי' ת"ג סק"ג].
ומ"ש בפנים [באות הנ"ל] דבחמץ מחוייב בהשבתה משא"כ בע"ג ויי"נ דמחוייב רק מטעם תקלה, כן הוא בפשטא דקרא בתחלת פ' עקב [פ' כ"ה] פסילי אלהיהם תשרפון באש וגו' פן תוקש בו, ועיין בברייתא במס' סנהדרין [דף כ"ה] ומה אילנות וכו' וכ"כ במעיין החכמה. ומ"ש בפנים [באות ג'] דמש"ה ח"מ שוגגין פטורין מתשלומין משום דלצד חיוב מיתה מיסכך ביה, כעין זה מבואר בריטב"א מכות [דף ב'] תד"ה מעידין, לענין אם נתחייב גלות עפ"י עצמו עיי"ש:

באות ד מביא דברי צל"ח והשיג עליו, ובלא זה הצל"ח סותר דברי עצמו, דלפי אשר חידש בפ' כל שעה [דף כ"ט] על תוס' ד"ה ר' נחוניא בס"ק הוא, וכתב שם דדוקא אליבא דידן אמרינן דקים ליה בד"מ לגבי דינא קאמר רחמנא שאין יכולים לחייבו משום ב' רשעיות אבל מחוייב הוא לצאת י"ש. ברם לרנב"ק דגם א"כ פוטר ממון, ואטו כרת בי דינא מחייבי ליה, הרי אין עונשן מסור לסנהדרין כלל, וע"כ לומר לדידיה שגם התורה פטרו מלשלם משום ב' רשעיות, וממילא דגם לצי"ש פטור, וא"כ מה תירץ הצל"ח את קושיית הפנ"י, דהא ברישא חייב מיתה לצי"ש, ובסיפא גם לצי"ש פטור לרנב"ק, והגם דהצל"ח כתב קודם זה דלר' יוחנן לא צריך לאוקמי כרנב"ק רק משום דאין לוקה ומשלם, כיון דאין הכרח לזה, מ"מ נוכל לומר דאתיא המשנה כרנב"ק:

ועיין מ"ש בזית רענן ח"ר [בדיני הואיל אות ג'] לבאר הא דמדמי הש"ס ע"ה ממון לענין קידושין לגבי חמץ, הא גבי חמץ גם על גורם לממון לחוד עובר, וע"ה או הואיל לא גרע מגורם לממון, רק הטעם משום דהתורה חידשה גבי חמץ ב' דברים, חדא דעשאן הכתוב כאילו הוא ברשותו, והשנית דהגורם לממון כממון דמי משום דכתיב לא ימצא, אבל שניהם ביחד על דבר אחד לא מצינו, יעוי"ש היטב. ולפ"ז ה"ט דר"י דס"ל לא זהו חמץ שמוזהרין עליו בבל יראה דע"ה אינו ממון בעלמא, וגם הואיל ל"א, רק דנאמר דמ"מ לא גרע ע"ה והואיל מגורם לממון, הרי עינינו רואות דגרע משום דבפסח לא ישיג מאומה בשביל ע"ה שלו, רק נצרף לזה גם חידושא דעשאן, וב' חידושים ביחד לא חידשה התורה, ועפ"ז מיושב קושיית הפנ"י על נכון, דאם נאמר לפי דמים משלם, וטעמא דרישא דמשלם לכהן משום דאינו עובר בב"י על תרומת חמץ שלא בא ליד כהן, ושוה ממון לאחר הפסח והוי גורם לממון, וכיון דמחייבינן ליה לשלם בעבור זה, ע"כ כר"ש ס"ל דלדידיה בכל התורה גורם לממון כממון דמי, ולר"ש אין שום חידוש גבי חמץ בזה, דגם בכל מקום הוי כממון [וכמ"ש הט"ז בסי' ת"מ סק"ג ליישב דברי רבינו יונה], ולא נשאר רק חידוש אחד דעשאן הכתוב כאילו הוא ברשותו, וזה אמרינן בכל חמץ דהיה שלו ממש מקודם הפסח, א"כ בודאי עובר בב"י גם על תרומת חמץ שלא בא ליד כהן, וכיון דעובר בב"י ואסור להשהות עד לאחר הפסח, לכן הקשה הש"ס שפיר דחמץ בפסח לאו בר דמים הוא, ונמצא דדינו של ר' יהושע דעל חלה או תרומת חמץ שלא באו ליד כהן דאינו עובר בב"י, ודינא דר' שמעון דדבר הגל"מ כממון דמי, יתפרדו ולא יתלכדו:

בסי' יא מ"ש [באות ב'] דלבטל מצות כיסוי הוי כעין קום ועשה. לכאורה קשה ע"ז מתוס' חולין [דף פ"ו.] ד"ה שיפא, בקושייתם שם, שכתבו דברישא פטור לכסות מספק, דשב וא"ת בעלמא הוא, אבל באמת ל"ק כלל, דלכל הסברא דכיסוי הוי כעין קו"ע, הוא בשביל חיוב הכיסוי של השוחט כמ"ש בפנים, אבל התם דשחט חש"ו דאפי' אם מעשיהם מתוקנים מ"מ עליהם לא רמיא הכיסוי כלל, דפטורים הם מכל המצות [כמ"ש בברייתא בריש חגיגה דף ב' ג'] רק החיוב הוא על אחרים, כמ"ש רש"י חולין שם במשנה, ולגבי אחרים הוי רק שב וא"ת, ועיקר הסברא מצאתי קצת מזה בשעה"מ ה' יו"ט [פ"ב הלכה י"ח ד"ה ואולי] והשיב ע"ז מתוס' ביצה, ולפמ"ש בפנים לחלק מדברי תוס' אלו, ממילא מיושבים קושיית השעה"מ שם על הרשב"א ומ"א ופר"ח, והדין נכון דטלטול מוקצה אסור אפי' לצורך מצות לולב.
עוד שם בפנים בטעמו של המג"א דטוב לכסות באפר כירה מדקר נעוץ, וכ"כ הפמ"ג ומחה"ש, ובלא טעם זה ג"כ דינו מובן דאיסור דרבנן אשר ישנו באפ"כ משום נולד הוא, ואין לו שורש בתורה, כמ"ש תוס' פסחים [דף ל'.] וביצה [דף ד':] אבל מלאכה שאין צריכה לגופה יש לו עיקר בדאורייתא, וכמ"ש בפנים בשם רשב"א שבת, וכ"מ בפר"ח [ס"ק י"ד]:

באות ה מ"ש בהגה"ה דבנולד ביו"ט ידחה מילתו יו"ט ב' משום ספק ספיקא, כן הקשה בדגול מרבבה [סי' רס"ו] ותירץ משום דהוי דבר שיל"מ [ובחתם סופר יו"ד סי' רנ"ב השיג על הטעם הזה, יעוי"ש ובסי' ר"נ], וכתב הדגמ"ר שמה שנרשם דין זה בשם הרא"ש הוא טעות, ולפמ"ש בפנים משום דהוי ס"ס בשני גופים ניחא. והא דכתב בפנים דביו"ט ב' מחמרינן, וראיה מדמאי דלא מועיל ס"ס, והגם דביו"ט ב' מועיל ס"ס, עיין בש"ע או"ח [סי' תצ"ז סעיף ד'] אך באמת חולק היש"ש ע"ז, וכן מסיק המג"א שם, ועוד התם הוא רק בדרבנן במוקצה, וכמ"ש הדגמ"ר הנ"ל:

בסי' יב מ"ש [באות א'] שי"ל לכאורה בר"ן גיטין עפ"י דברי ר"ת, הגם דהר"ן הוכח חולק על ר"ת, מ"מ רצה ליישב גם לשיטת ר"ת הך דינא דכתבו על איסורי הנאה, דלמה ל"א כתותי מיכתת שיעוריה, דהא אפי' בכו"ס של עובדי כוכבים אמרינן לר"ת כתמ"ש, ולכן כתב משום דבגט לא בעינן שיעור:

באות ב בכו"ס של עובדי כוכבים שזכה בהם ישראל סגי בגניזה, וראיה מן הכתוב בתוה"ק [וישלח ל"ה ד'] גבי יעקב דטמן את הכו"ס תחת האלה, מצאתי ברמב"ן על התורה במקומו שעמד בזה דלמה סגי בקבורה [הגם דאיהו ס"ל דאבותינו שהיו קודם מתן תורה אחר שנימול אברהם אבינו ע"ה היה להם דין ישראל גמור אפי' לקולא כמ"ש בפרשת דרכים (דרך האתרים דרוש א') ואפ"ה הקשה דלמה בקבורה, איפשר דהכי ק"ל דמסתמא איירי אפי' היכא דביונו שלא לזכות בעבודת כוכבים כדי שלא יעברו על לאו דלא תביא וכו' (דברים ז' כ"ו) רק לקחוהו להם אשר כתורה יעשו] ותירץ שם הרמב"ן דאיירי שמקודם נתבטלו הכו"ס בעודם בשכם, כי עובד כוכבים מבטל כו"ס של חבירו בע"כ [ועיין במשל"מ (פ"ח מה' עכו"ם ה"ט) שהביא בשיטת תוס' שכו"ס של מתכות אינו מבטל בע"כ, וכן הביא תוס' שם בשם הירושלמי] רק יעקב נוה להסיר אותם לטהרת הקדש:

באות ג ליישב דמקור שיטת הרמ"א מש"ס גיטין, וא"ל דגם עתה יקשה מטעמא דהש"ס שם דהא תלוי בצד שכנגדו וצריך ב"ד, וכמ"ש בפנים [באות ה'] עיי"ש דל"א כל העומד לכפות כמאן דכפוי דמי, ז"א דהא כל היכא שהחפץ שלו ביד אחר עביד איניש דינא לנפשיה, כמ"ש בחו"מ [סי' ד'], וכיון דהבעל שייר לעצמו הנייר שבין שיטה לשיטה, הוי הנייר הזה פקדון אצלה, וגם היא אינה מכחשת לו ול"צ ב"ד כלל, ע"כ אמרינן כל העומד וכו':

באות ט מ"ש לחלק מתוס' סוטה, וגם לפמ"ש בפנים [סי' פ"ד] באריכות דלעולם דנין המקרה כאשר לא היה, וקודם המקרה מחזקינן דהוי כל העומד לגבות, זהו התם דלא נולד הספק בעיקר החיוב, רק דהמקרה יסלק השיעבוד מצד אחר ע"י הקדשו, או לסלק הקדשו ע"י גמ"ד של עיר הנדחת יעוי"ש, אבל בספק סוטה דהספק בעיקר החוב מצד עצמו דאולי זינתה ולא מגיע לה כתובה כלל, בכה"ג לא מסלקינן המקרה:

באות טז הראיה לפרש ברש"י כריתות [דף כ"ד.] דלא הכחיש עדים לומר לא אכלתי, והא לצד השני של איבעיא שם [דף י"ב] דהטעם משום דמהדרינן דיבורו, וכ"פ הרמב"ם טעם זה, ומלישנא דרש"י משמע דרגלים לדבר לעדים דשוגג היה, וכמ"ש הראשונים ריש מס' מכות גבי גלות, מ"מ שייך לתרץ דבריו אפי' אם אמר לא אכלתי דלא אכל חלב אלא שומן, ומזה גם העדים אינם יודעים:

באות יח במ"ש לתרץ שיטת תוס' ורמ"א עפ"י דברי רא"ה כתובות [מובא בש"ע אהע"ז סי' מ"ז סעיף ד'], הגם דמלישנא דמחבר שם לא משמע לחלק בזה, וגם הרמ"א לא הכריע כרא"ה, אפ"ל ע"פ דברי הב"ש שם [ס"ק פ'] דלהפוסקים החולקים על הר"ן וסוברים דגרשתני

דגרשתני נאמנת אפי' להנשא לאחר, ממילא נאמנת בכה"ג במיגו דגרשתני, ולעיל [בסי' י"ז ס"ב] הביא הרמ"א ב' דעות בזה, ע"כ לא הכריע בדינו של הרא"ה, וגם אין להקשות דלמה יהיה השותף נאמן שישחרר חצי עבדו דהא הוי לחוב להשותף השני, דעי"ז יושב הדבר שהב"ד יכופוהו לשחררו, ז"א דהא לזה הוי בידו שישחררו בפנינו, וכמ"ש הרשב"א בארוכה בקידושין [דף ס"ה] בד"ה א"ל ר"א לר"כ, דבכה"ג ל"ה חב לאחרים :

באות ב מ"ש בדברי ר"ן כתובות [ס"פ א"נ] דבקנס החיוב מתחיל מיד, רק הזכייה חל משעת העמדה בדין, ובזה מובן דברי ר"ן ר"פ נערה שנתפתתה, דבמפותה והיא קטנה, וקודם שעמדה בדין מת האב אפשר דקנסה לעצמה משום דאז מגיע הקנס לאביה ול"מ מחילתה, ולכאורה קשה דהא כל הקנס דמהני מחילה הוא מטעם דהוי כקרע שיראים והפטר, או מטעם סילוק, וה"נ כן הוא, ולפמ"ש בפנים ניחא דלטעם דהוי כקרע שיראים הוא משום דהחיוב כבר חל אצלה, אבל היכא שיש לה אב דהחיוב אינו חל כלל לה רק לאביה, מש"ה ל"מ מחילתה אז דהוי דבר שלבל"ע :

בסי' יג במ"ש אאמו"ר זללה"ה [באות ב'], לכאורה יש לעמוד, דגם בברייתא אפשר דמיירי בעובד כוכבים שעבד כו"ם אדעתא דישראל, אכן באמת זהו אוקימתא רחוקה כמובן, וגם דאתי' כיחידאה כר' שמעון, ובמתניתין אפי' אם דייקינן דאשירה דומיא דעיר הנדחת, מ"מ א"א לאוקמי כפשטא ומשום מצות לה"כ, ומצוה הב"ע, דא"כ ליתני בהדי גזול, ע"כ דתקינן בזה, משא"כ בברייתא מפרשינן כפשטא ומשום מצות לה"כ ומהב"ע [והגם דבתירוצא דש"ס חולין שם דמשום כתמ"ש. הוא ולפי תירוץ השני של תוס' יבמות (דף ק"ד) מיירי בכה"ג מ"מ מרווחינן דאתי' ככ"ע, ולא דנוקי במציאות רחוקה וכיחידאה, במקום דיש דרך הפשוט] :

באות ג [בתחילתו] הקשה דבמחובר ל"ש דילמא מגבה לה כיון שאין הגבהה קונה במחובר, ולכאורה יש לומר דנהי דהגבהה אינו קונה במחובר [אפי' להפוסקים בחו"מ (סי' קנ"ז) דכל העומד ליתלש כתלוש דמי, מ"מ כיון דבאלי' מונחת ע"ג קרקע ל"מ הגבהה (שם סי' רס"ט סעיף ה) מכ"ש היכא דדבוק בקרקע], אבל נגזור דיעשה קנין המועיל במחובר, והדר מבטל לה, ולא מיבעיא להפוסקים [בסי' קנ"ג] דעומד ליתלש לאו כתלוש דמי דמועיל כל הקניינים אשר הם במחובר, וגם לשאר פוסקים דכתלוש דמי מ"מ שייך קנין אגב קרקע, אבל הכוונה הוא דדוקא על הגבהה יש לגזור, כיון שבדעתו אשר לאחר ביטול יגביהו ויחזיקו בידו כאדם העושה בשלו, שייך לגזור, כיון שהדבר מונח לפניו ישכח ויגביה עוד קודם הביטול, ויקדים המאוחר, אבל לא דניחוש דיעשה מעשה קנין אחר, דהא צריך שיעשה קנין המועיל בקרקע מחמת דהוי כקרקע או ע"י אג"ק, וכפי המבואר בחו"מ [סי' קנ"ד] א"א לקנות רק בשטר ואח"כ הכסף [דהכא בכו"ם של עובדי כוכבים מיירי] ומעשה רבה כזה דיכתוב שטר ויתן כסף לא עבדי אינשי בטעות רק ידקדקו היטב מקודם, ואז יודעו דע"י זה יאסר ול"מ ביטול עוד, ויחדלו מעשות כן :

שם בתירוצו, הנה לי אאמו"ר המחבר זללה"ה מה שיש להוסיף בזה. וא"ל דא"כ אכתי תיקשי מה הועילו בעלי תוס' בתירוצם ע"ד ר"ת דלהכי לא מוקי באשירה דעובדי כוכבים וקודם ביטול דכיון דנקצץ נתבטל, הא אפשר לאוקמי בשנקצץ ע"י ישראל, דלקושטא ליכא למימר הכי, דהא כיון דחזינן דר"ת אתר לו לדרך אחרת ולא רצה לפרש כשיטת רש"י [בכאן וביבמות ק"ג], בע"כ לומר משום דלא ניחא ליה לאוקמי בשהגביהה ע"מ שלא לזכות בו וביו"ט שני דוקא, וא"כ תו ממילא ליכא לאוקמי בשקצצו ישראל, דממנ"פ אי נתכוון לזכות בו הדר הו"ל אשירה של ישראל, ואי דלא נתכוון לזכות בו הא לא ניחא ליה לר"ת בהאי אוקימתא, עכ"ל הטהור אשר כתב לי להוסיף. וא"ל דמ"מ יכול הש"ס לפרש המשנה, דבכל גווני איירי בנתכוון לזכות ובלא נתכוון, ז"א דהיכי כייל לן התנא דמתניתין בחדא תיבה דפסולה, דבנתכוון לזכות גם אי בטלו א"כ עכו"ם פסולה משום דהוי עבודת כוכבים של ישראל, ובלא כיוון מהני הביטול של עובדי כוכבים, ועוד אפשר דלא ניחא לר"ת במציאות בעצמו, דאיירי בדלא כיוון לזכות, כיון דנטלו בידו דבר של הפקר ובפרט בשקצצו, מסתמא כיוון לזכות :

שם [באות הנ"ל] השיג ע"ד חת"ס [הגם שכתוב בזי"ר ח"ר (סוף חלק או"ח) דבגנב וגזלן משום דחייב ביוקרא וזולא באם נאבד הגזילה לשלם כשעת הגזילה ע"כ הוי כשלו, זהו רק לפרש דברי רב בסנהדרין (דף ע"ב גבי בא במחתרת) אבל רבא חולק ע"ז לגמרי וס"ל דגנב וגזלן ל"ק הדבר, ומש"ה באין לו דמים ואיתא בעינא מחוייב להחזיר הגזילה עיי"ש, וא"כ מ"ש כאן הוא אליבא דהילכתא דפסקינן כרבא שם, וגם הסוגיא דריש פסחים אזלא אליבא דרבא]. ולכאורה לפמ"ש בפנים [בסוף האות הזה] דקושיית הש"ס פסחים הוא רק לר"מ, ור"מ הא ס"ל דבר הגל"מ כממון דמי, אף שאינו מחוייב בכל אחריות, דהא מוקי הש"ס ב"ק [ע"א:] לר"מ כגון שמסרו לשומר והתם שומר הוא ש"ח או ש"ש, ואפי' בשואל מ"מ פטור במתה מחמת מלאכה, וכ"מ מדברי הראב"ד [מובא בש"מ ר"פ המפקיד] דאל"כ יעמיד קושייתו בגנב מבית השואל ישלם כפל לשואל, ועיין בש"מ שם [ודוקא גבי בעירו אמירא דבני הילא אם חייב באונסין חשיב ככל אחריות, דהתם לא שייך פטורא דמתה מ"מ], א"כ מאי הקשה ע"ד חת"ס מש"ס פסחים, אך באמת הגם דהוי רק ש"ח, מ"מ כיון שפשע והזיק בביתו ונגמר דינו בבית השומר, ורק כה"ג שהוא בעין יכול לומר הש"ל, ואם נאבד א"כ אפי' באונס חייב מחמת פשיעתו הקודם, אפי' באונס שלא ע"י פשיעתו כלל, דדוקא היכא דלא נפסד הדבר מחמת פשיעתו רק ע"י אונס שאח"כ, בזה אמרינן דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק היכא דנוכל לתלות שהאונס בא מחמת הפשיעה [תוס' ב"מ (ד' מ"ג) ד"ה ה"ג ובפ' האומנין (ד' ע"ח) ד"ה הוחמה], אבל אם נפסד ונאסר הפקדון בפשיעתו כגון בהזיק ונגמר דינו בבית שומר, רק היכא דאיתא בעינא אומר הש"ל, ואם נאנס א"כ דליתא בעינא מחוייב על הפסדו שהפסיד לו בפשיעה ראשונה, וראיה לזה דאל"כ יקשה קושיית הראב"ד מובא בש"מ שם על ר"מ, דישלם גנב הכפל לשומר דהא ע"ז ליכא מאן דפליג, ובפרט דלה"ד בש"ס ר"פ המפקיד דמשנה שם אתיא כר"מ דאדם מקנה דבר שלבל"ע, הלא לר"מ אפי' בלא שילם שייך הכפל לשומר, א"ו דגם לר"מ אזלא תירוצא דהראב"ד, משום דהשתא אחר פשיעתו מחוייב בכל אחריות, וכן מבואר באחרונים [סי' תמ"ג] בח"י [ס"ק ז'] ובמק"ח [ס"ק ו'], ולהכי ס"ל התם לר"מ דדבר הגל"מ כממון דמי, אבל היכא דאינו מחוייב בכל אחריות גם ר"מ מודה דלאו כממון דמי :

שם [באות הנ"ל] דלדעת הראב"ד נ"ל דדוקא בחיוב אונסין חייב לבער. לע"ק דהלא הרמב"ם [פ"ד מה' חמץ ומצה] פוסק דבאחריות גניבה ואבידה לבד עובר בב"י, ולא השיג עליו הראב"ד בזה בהשגותיו, ואולי תרי ראב"ד נינהו, וכמבואר בכמה דוכתי, ועיין ש"ך (בסי' ע"ב סק"ב וסי' ש"ו ס"ק קכ"ו), [וגוף קושיית הראב"ד שם קשה להבין דנהי דר"ש ס"ל דהגל"מ כממון דמי, זהו שהגנב יתחייב ד' וה', ולענין אונאה וכיוצא, דבזה אין אנו מפקיעין זכות מי שהממון שלו ממש, דהיינו להקדש, דלהם פטור מד' וה' ואין להם אונאה, אבל בגנב של הדיוט מבית שומר אם נימא דהכפל הוא של השומר משום דהגל"מ כמ"ד, בזה נפקיע זכות הבעלים שהממון שלהם שיש להם זכות בפרה לכפילא, ועמ"ש עוד בזה לקמן] :

גם מ"ש בפנים כוונה ישרה ברש"י, ה"נ הוי מצי רש"י להביא מרבה [ב"ק דף נ"ח:] גבי גזל חמץ ובא אחר ושרפו לאחר המועד דחייב לר"ש, הגם דלא היה שלו מעיקרא רק מ"מ לא מוכח מר"ש גופיה במשנה, גם יש לחלק דהתם נהי דלא היה שלו מעיקרא נחתינן דרגא דעכ"פ מחוייב לשלם לו מה שגרם לו הפסד, אבל שיהיה שלו בשביל זה שיעבור בב"י לא שמעינן, אבל מר"מ [שם דף ע"א] דמחייב ד' וה' ע"כ דהוי שלו ממש, דאינו נוהג רק בדבר שיש בו רוח חיים, ועיין בזי"ר ח"ר חלק או"ח [דף נ"ב.] שהטעים להבין בזה דברי הראשונים שם בב"ק :

עוד שם [בסוף אות הנ"ל] דגם הב"ח מודה דבעבודת כו"ם שיש לה בעלים אין ישראל מבטלה, וקשה דא"כ למה יוצא י"ח שופר בגזל כו"ם מן העובד כוכבים לשיטת הב"ח, ולפום ריהטא י"ל דרק הישראל אינו יכול לבטל משום לא פלוג, אבל העובד כוכבים יכול לבטל. אולם ראיתי בב"ח יו"ד [ר"ס קמ"ו] דגם ביטול העכו"ם אינו מועיל, וצ"ל משום דרק מדרבנן אינו מועיל הביטול שוב ל"א כתמ"ש, וכמבואר בתשו' שער אפרים, וכ"כ האחרונים ע"ד הב"ח, אבל יש להקשות ע"ד תשו' ש"א הנ"ל, דהא מבואר בסמ"ג [מובא בטו"ז יו"ד סי' קמ"ו סק"ג] דבכו"ם של עובד כוכבים וזכה בהם הישראל, מן התורה מועיל הביטול, רק מדרבנן אינו מועיל, וא"כ איך נפרנס דברי התוס' סוכה [דף ל"ב.] דביו"ט ראשון לא משכחת לן דיוצא בכו"ם של העובד כוכבים, הלא גם אם זכה בה ל"מ הביטול רק מדרבנן, ובדרבנן ל"א כתמ"ש, ובפרט כפי מה שהביאו האחרונים, כל מקור דברי תשו' ש"א הם נובעים מתוס' סוכה [דף ל"ב.], ומדברי תוס' אלו מוכח להיפוך, ובשעה"מ [פ"ח מהלכות לולב ה"א חד"ה ודע שלאותה הגירסא] הקשה כן.

והכריח

והכריח מזה דלשיטת הב"ח ע"כ בזכה בה אין מועיל הביטול מה"ת, ודלא כהסמ"ג, והנה אם נלכדה יחד דעת תוס' והסמ"ג, ולא נעשה מחלוקת בין הראשונים, ע"כ אמרינן דלא כתשו' שער אפרים, רק דלהב"ח ע"כ צ"ל כתשו' ש"א, נגרר מזה דנאמר דהתוס' חולקים על הסמ"ג, ולפענ"ד אפ"ל בדעת הב"ח, דגם תוס' והסמ"ג אגודים יחד בזה הדין, ודלא כתשו' ש"א, דהא דכתב הב"ח [ר"ס קמ"ו] דמלאה קודם יאוש [והיכא דאיכא חה"ש, כמבואר בחו"מ סי' רס"ו] או גזלה מעכו"ם דל"מ ביטול, מסתברא דהוא דווקא בגזילה שכיוון לזכות בה ומועיל בזה להוציאה מרשות הבעלים ככל הגזלנים, אבל בבא לידו לבד, בוודאי גם הב"ח מודה דלא נאסרה שלא יועיל הביטול אח"כ, ואיתא בב"מ ב"ק דאם הקדים הנגזל הגזילה קודם יאוש, ואח"כ החזיר לו הגזלן את גזילתו, דמהני הקדישו, והטעם כתוב בפנים [בסי' פ"ד אות א'] עפ"י דברי תוס' גיטין דבכה"ג לכ"ע אמרינן למפרע הוא גובה, [ועמ"ש בפנים לקמן אות ה'], א"כ נאמר אכן לענין ביטול, דמש"ה לשיטת הב"ח יצא י"ח שופר בגזל כו"ם דעובד כוכבים, הגם דל"מ ביטול לדידיה [ול"א כסברת תשו' ש"א הנ"ל], זהו כ"ז בלא החזירה אבל לאחר החזרתו כיון דאמרינן למפה"ג לא הוי מעולם של ישראל כלל, רק של עובד כוכבים לבד, והוי כאלו היה ביד ישראל ולא כיוון לזכות בה, דפסקינן בש"ע דיצא ול"א כתמ"ה משום דמועיל ביטול, א"כ גם קודם שהחזיר יצא ול"א כתמ"ה, כיון דבידו להחזיר [ומחויב להחזיר לו עפ"י ד"ת], ואז יועיל הביטול, [וגם לפמ"ש בפנים לקמן (אות ה') יעו"ש, יש לומר דהכא ל"א כתמ"ה כיון דהדבר עומד לכך שיחזיר לו, דעפ"י ד"ת מחויב להחזיר לו הגזילה בעינא, ומה בצע לו לישראל שיחזיק באיסור הנאה, הוי מלד קלות שבו] משא"כ אם זכה בהם מהפקר או בקנה מבעלים דל"ש לומר כן מה"ט לא יצא, אף דרק מדרבנן ל"מ ביטול, כדעת הסמ"ג ודלא כתשו' ש"א, [וכאשר נ"ל בלא דברי הב"ח, אם התוס' לא פליג על הסמ"ג דלא כש"א], ובזה נפתח לפנינו דרך ליישב דברי בתי כהונה שנסתפק בשיטת הב"ח אי ס"ל כהסמ"ג, והשע"מ שם תמה עליו עי"ש, ולהנ"ל ספיקו כן הוא אי טעמו דבגזל יצא משום דרק מדרבנן ל"מ ביטול וכסברת תשו' ש"א וממילא בזכה בהן לחלוטין דלא יצא ע"כ דלא כהסמ"ג, או הטעם בגזילה משום למפרע ה"ג וס"ל להב"ח גם בשיטת תוס' והרא"ש ועוד כהסמ"ג, ואין להשיב מדברי רמב"ן במלחמות ר' פסחים סוגיא דהריכו, דגבי עכו"ם ל"א למפרע ה"ג גם לאביי, דזהו שיעבוד שלו ע"י שיעבוד אבל לא בגזילה שהיה מכבר שלו וכ"מ לשונו שם, ובפרט דיש תירוצים אחרים שם בראשונים על הברייתא דעובד כוכבים שהלוה, בתוס' שם ד"ה אלא, וברמב"ן שם לתירוץ הראשון ממילא לדידהו גם בעובד כוכבים אמרינן למפה"ג:

באות ד מ"ש לתרץ על קושיית המג"א עפ"י רש"י ור"ן מס' ע"ז, הוא רק לדעת הש"ך [סי' ק"י בדיני ס"ס ס"ק כ'] דבחזקה אזלינן לחומרא גם בסד"ר, ולהחולקים הפר"ח סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק ע"ו [ועיין בט"ז יו"ד סי' ס"ט ובט"ז או"ח סי' ת"ש סק"ו] ועוד רבותינו האחרונים, דגם בחזקה אזלינן לקולא בסד"ר, ומכ"ש היכא דיש רק נטי' להחמיר, ולדידהו אמרינן כדעת הפר"ח יו"ד [סי' כ"ח ס"ק י"ז] דגם בכסוי אינו מברך:

באות ו מה שחידש דגבי דיחוי בעינן דחזי' בשעתי', והביא ראיות לזה, לכאורה לא יכולתי להבין את הראיות האלו, דגבי אמירה אפי' אם נטל הלולב לצאת קודם שגבאו המלוה ואח"כ גבאו נתברר השתא דמעיקרא כדין נטל, ולא היה עליו איסור עכו"ם דהוי דבר שא"ש, והיאך הוי דיחוי, אבל גבי עירוב האיסור תחומין שיש עליו ביו"ט ראשון אפי' ביה"ש לילך במקום שהניח העירוב על יו"ט שני, גם ביום שני לא הוקל ממנו האיסור כלל אם הלך ביום ראשון שמה, נענש גם ביו"ט ב' באיסור תחומין, וכן גבי עגל אם אכל אתמול נענש באכילת חשש נפל, וגם דכלפי שמיא גליא, דגם אתמול לא היה נפל מ"מ צריך כפרה, כמ"ש תוס' סוטה [דף כ"ה.] ד"ה מה, והוא ממ"ש נזיר [דף כ"ג] דאם אכל ספק חלב ספק שומן ונודע אח"כ דשומן הוא דצריך סליחה וכפרה, ובירושלמי [רפ"ח דתרומות] מבואר עוד יותר, דאיתא התם ר' חגי שאל לחברייא מה בין סבור שהוא שומן ונמצא שהוא חלב שהוא חייב, מה בין סבור שהוא אסור ונמצא מותר שהוא פטור, לא אגיבו [פי' המפרש לא השיבוהו על השאלה הזאת], אמר לון נמלכין מינן [נתייעץ אנו מה טעם יש בדבר הזה להשיב על השאלה הזאת], או הודע אליו חטאתו והביא, השב מידיעתו חייב על שגגתו, יצא זה שאפי' יודע אינו פורש, [ואפ"ל דכיון דהוא רק חשש מדרבנן א"צ כפרה כיון דקמי שמיא גליא, ובפרט לפמ"ש הנתיבות המשפט (סי' רל"ג סק"ג) דבאיסור דרבנן אם אכלו בשוגג דא"צ כפרה, וה"ד בנ"ד (וכמדומה לי שהשיגו על הנה"מ בזה), ועיין בפמ"ג בפתיחה להלכות יו"ט (בחלק השני אות י"ז) שהקשה על המהרש"א דהוי מוקצה מחמת יום שעבר, ותירץ דהמהרש"א ס"ל דעגל תוך ח' ימים אסור מה"ת ובמוקצה מחמת איסור תורה אמרינן גם מחמת יום שעבר, א"כ בוודאי צריך כפרה] מש"ה מיקרי לא חזי' דגם עתה לא נתברר היתר על למפרע. ברם לאחר העיון נראה, דזהו מיפשט פשיטא ליה לאאמו"ר ז"ל דמי שנטל הלולב קודם גביית המלוה בוודאי לא יצא, כיון דבשעתי' דינו אותו לשריפה ולית ביה שיעורא, וכ"מ מלשונו בפנים [וכ"כ בפנים בסי' ז' אות י"ח], וכל החקירה הוא, אי אליה זה הסברא [כיון דלא חזי' בשעתי', הגם שנתברר אח"כ למפרע דחזי'] שיהיה עליו שם דיחוי גם על אחר גביית המלוה, ולכן מביא שפיר הראיות, דגבי עירובי תחומין דהוי תרתי דסתרי, אם אנו אוסרים עליו ביו"ט שני, הוא רק מחמת דהיום יו"ט וצריך לעירוב, וממילא דאתמול הוא חול ושרי לצאת חוץ לתחום, והוי סעודה הראוי', הרי כיון דמ"מ בשעתי' אסור, והיום לא הוקל איסור של אתמול, מיקרי סעודה שאינה ראוי' מבעוד יום, וה"ה גבי לולב, כיון דהבירור של עכשיו ל"מ על למפרע, וממילא דמיקרי דיחוי גם על עכשיו שנתברר, וכן אזלא הראיה מדברי מהרש"א גבי עגל שכלו ח' ימים ביו"ט:

עוד [באות הנ"ל] במה שתירץ קושיית תוס' על שיטת רש"י ושאר פוסקים, דאיירי באפותיקי מפורש והתנה שא"י לסלק דאמרינן למפה"ג, [ועי' פנ"י גיטין (ד' מ':) מה שכתב בשיטת רש"י בזה], וא"ל דאי שעביד מעשה בעבודתו אבר עבד אל האילן גם דבר שא"ש נאסר, ובדלא עשה מעשה היאך נאסר מתחילה הא הוי מחובר, ול"ל דכפ"מ על התוספת אבר נתוסף אחר עבודתו, דנאסר גם במחובר כמבואר בש"ע יו"ד [סי' קמ"ה סעי' א'], ואיירי דשיעבד לו גם הפירות שיגדילו אג"ק, [ויש להאריך בפרט זה ואכ"מ], אבל עוד ק"ק הא דנקיט הש"ס לישנא דביטלו, ואולי מפני שזה עצמו הוא הביטול:

באות ז המציא חידוש נפלא דגם באתרוג של עכו"ם אית ליה היתר אכילה ע"י נשיכה, ובידו כזה מיקרי היתר אכילה, והגם דהכריח בפנים [באות הזה] דבידו לא מהני לאיסור אכילה והנאה, ובפרט כל זמן שיש לו שם איסור זה באמת אין לו היתר אכילה, מ"מ הכא מהני כיון דדרך אכילת בני אדם ע"י נשיכה, והפי' לדברי ריב"ש דטעימה אסורה, מ"מ בידו לחתכו לחתיכות, וגם זהו דרך אכילה של אתרוג כידוע, אך לכאורה קשה הלא מ"מ לבלוע האתרוג בלא נשיכה אסור, דדוקא ע"י נשיכה ברי דנעשה שברים [וכמ"ש בפנים] אבל לבולעו שלם אסור, ואי דהוי שלא כדרך אכילתן, הלא עכו"ם אסור גם שלא כד"א, כמ"ש תוס' פסחים [ד' כ"ו] ד"ה שאני, ושם [כ"ח] ד"ה ותנן [ועי' במל"מ פ"ה מהלכות יסודי התורה ד"ה עוד כתבו התוס'], אולם נראה מסברא דהא דבעינן שהאתרוג יהא מותר באכילה, הקפידא הוא רק שיהא מותר באכילה כד"א, אבל אם כד"א מותר לאוכלו, רק לאוכלו שלא כד"א אסור, תו לא איכפת לן ויוצא בו י"ח, ועי' ברש"י סוכה [ל"ה] ד"ה לפי ובכפות תמרים שם, דמשמע כן דהקפידא הוא רק על כד"א, [ועוד כדמות ראיה לזה מעיקר הפיסול משום שאין בו ה"א, דמבואר בש"ס על אתרוג של ערלה, וכן פסקינן דפסול מן התורה משום שאין בו ה"א, הלא ערלה מותר מה"ת שלא כד"א, וזה יש לדחות דתרווייהו בעינן שיהא לו היתר כדרך אכילתן, וגם שלא כד"א], אבל עודנה לא נייח, דזה ברור דאכילה ע"י בליעה לא מיקרי שלא כדרך אכילתן דהא בלע מצה יצא [פסחים קט"ו: וש"ע סי' תע"ה], ואמאי הלא כבר כתב המל"מ [שם בד"ה יש לחקור] דבמידי דמצוה כגון מצה ופסח א"י י"ח אם אכלו שלא כד"א, וכן הכריח השעה"מ שם מירושלמי, וכ"מ ברש"י פסחים [ד' ל"ה] גבי המחהו וגמעו עי"ש, [וכתבתי בזה במקום אחר], אלא ודאי דגם ע"י בליעה לא מיקרי שלא כד"א, [וכ"מ מדברי מל"מ (פי"ד מהלכות מאכלות אסורות הי"ב) דנסתפק בכרך איסור בסיב ואכלו אם חייב או לא, הרי דבבולעו בעינא בוודאי חייב], וכן הוכיח במישור בני הנחמד מוהרח"י נפתלי נ"י ממ"ש כתובות [דף ל':] בסוגיא דקם ליה בדר"מ דאיתא שם דזר שתחב לו חבירו תרומה לתוך בית הבליעה חייב מיתה בידי שמים, ולאביי אליבא דרנב"ק פטור עי"ז מממון, דמיתה ביד"ש פוטר מן התשלומין, והלא בתרומה פטור בשלא כד"א, כמ"ש תוס' פסחים [ד' כ"ו] הנ"ל, א"ו דגם ע"י בליעה לא מיקרי שלא כד"א לענין חיוב, וא"כ נהי דהגי בה"א כדרך אכילתן, מ"מ ע"י בליעה מיקרי ג"כ כד"א, אבל

אבל הטעם כיון דרוב בני אדם אוכלין למען אשר איך אוכל יטעם להם ובבליעה לא יטעם מאומה, וכמ"ש רש"י ורשב"ם שם גבי בלע מלה, ולהכי מיקרי היתר אכילה באתרוג של עכו"ם, כיון דיש לו היתר אכילה ע"י לעיסה, וכן דרכה למען ישנו גרונה, [וראיתי בס' תורת חיים חולין (ריש דף ק"כ) שמביא ראיה דיוצאין י"ח מלה אפי' באוכל שלא כדה"ה מהא דבלע מלה יצא, ונקט דבליעה הוי שלכד"ה עי"ש, ולפי הנ"ל ד"ק תמוהים]:

באות ט כמה שהמתיק את הסו"ע, עודנו קשה לכאורה, דא"כ למ"ד דבעינן היתר אכילה לחוד, יקשה דלמה נקיט תרומה טמאה הלא מערלה שמעינן דפסול, ונראה דהרשב"א בתשו' סי' תשמ"ז [מובא ברמ"א סי' תרמ"ט ס"ב] הוכיח דא"י י"ח בשביל הואיל, ממתניתין דת"ע פסול אף שהוא ישנו ביד ישראל, ול"א הואיל ואי בעי מיתשיל עליה, א"כ זהו גופיה אשמעינן המשנה, דלא ערלה בלבד פסול דאין לו ה"א בשום אופן, אלא גם ת"ע דבידו לשאול ג"כ לא מיקרי לכם, אבל למ"ד משום דאין בו דין ממון לחוד הקשה הש"ס שפיר, דלמה נקיט ת"ע, דמשום כתמ"ש כבר נשמע מרישא דשל אשירה פסול, וא"ל דהו"א דלא נימא כתמ"ש משום שבידו לשאול, כמו גבי כו"ס של עובד כוכבים דל"א כמ"ש משום דמהני ביטול, ז"א דא"כ אדאשמעינן רבותא בדיני דכתמ"ש, ליתני ת"ע אחר אשירה דפסול משום כתמ"ש, ולמה הכניס ערלה ביניהם דפסול משום דל"ה לכם, א"ו דגם ת"ע פסול משום דל"ה לכם דאין בו היתר אכילה, ולפמ"ש בפנים [באות ה'] אפ"ל דבכה"ג לא דמי לכו"ס של עובד כוכבים:

באות י מ"ש בדקדוק לשון התוס', א"ל דמ"מ יקשה תוס' על אתרוג דיפרש הש"ס ברישא גבי אשירה משום ה"א או ד"מ, ובסיפא משום כמ"ש, כיון דכל מגמת התנא דמתניתין לפרש לנו בזה המשנה גבי מע"ש וטבל וכתמ"ש בפנים [באות ט'], ועתה אם טעמא דרישא משום ה"א או ד"מ, כבר דינייהו נשמע מרישא, דלמ"ד משום ה"א מע"ש כשר וטבל פסול, ולמ"ד משום ד"מ שניהם פסולין, [ות"ע ג"כ ידעינן דפסול, משום דה"א הכל מודים דבעינן, ולפמ"ש בסמוך י"ל זה], וגם אין כפ"מ דגם ביו"ט שני פסול משום כתמ"ש, דהא תוס' בקושייתם ה"ל כשיטת הרמב"ם דגם משום ה"א פסול כל שבעה, ולה"ד למ"ד משום ה"א נודע מרישא, וגם למ"ד משום ד"מ, נהי דת"ע לא ידעינן מרישא, עכ"פ ערלה ל"ל, א"ו דטעמא דרישא גבי אשירה משום כתמ"ש:

ומ"ש בפנים [באות הנ"ל] דעשה דמילה ידחה לל"ת דעכו"ם משום דל"ת הוא ג"כ לפני הדיבור, יש להעיר דבשאגת אריה [סי' נ"ו] הקשה על הירושלמי, דהא בש"ס יבמות [דף ה'] בסוגיא דעליה מוכח להיפוך, דמש"ה מילה ותמיד העשה אלים לדחות שבת משום דהוא לפני הדיבור, וע"כ הכריח דכוונת הירושלמי משום דעשה לא נשנית לאחר הדיבור, וא"כ הכא דהלאו נשנית כמה פעמים בתורה, ובפרט דהוא מהדברות של מתן תורה [ועי' סנהדרין דף נ"ט.] א"כ הלאו אלים, [ובצל"ח פסחים (דף נ"ו) כתב בשיטת הירושלמי דהדבר נידון, אם שניהם העשה והל"ת נאמרו קודם הדיבור, או להיפוך דנאמרו רק לאחה"ד, אז דוחה העשה את הל"ת, ואם שניהם נאמרו קה"ד, הגם דאחד נשנית לאחה"ד אפי' הל"ת, אזי דוחה, והוא כמ"ש בפנים, אולם גם עליו קשה קושיית הש"א מש"ס יבמות הנ"ל]:

שם נסתפק אי ב"נ נצטוו באיסור הנאה מן הנעבד, עיין פ' השוכר את הפועלים [ס"ד.] דרבה בר אבוה אמר להוזילו זבינו כל מה דאית לכו וכו', ולהד"ד דש"ס התם דלא בטלה מעיקרא, אפ"ה נוח והתיר להם למכור, ומבואר במל"מ [פ"ה מהלכות יסודי התורה ה"ה תד"ה והיכא] דמוכר או נותן שוה לשאר הנאות, ואפ"ל עפ"י דעת ר"ת בתוס' ריש בכורות ד"ה שמא, דב"נ אינו מצווה על השיתוף, וא"כ איירי גם התם בכה"ג, דלגבי ישראל הוי עכו"ם גמור, וכמ"ש בנודע ביהודה מהד"ת חלק יו"ד [סי' קמ"ח] ובתפארת ירושלים סוכה [אות פ"ז], [ועי' פרמ"ג יו"ד בשפ"ד סי' ס"ה ס"ק י"א מ"ש בזה, וכ"כ הנוב"י שם בשם תשוב' מעיל צדקה סי' כ"ב], איברא כיון דפסקינן בש"ע [סי' קמ"ד] דדמי עכו"ם ביד עובד כוכבים מותרים, והטעם איתא בטו"ז, ומקורו מתוס' שם [דף ס"ד] דקרא בישראל דווקא כתיב, מסתברא דה"ה על עכו"ם גופיה דקרא דלא תביא וגו' (דברים ז' כ"ו), דממנו נלמוד א"ה מעכו"ם [ועי' בחינוך מצוה תכ"ט וברמב"ם פ"ז מה' עכו"ם ה"ב] דבישראל לבד כתיב:

השמטות וביאורים בתחילת חלק יורה דעה

תשובה זאת נשמטה מבפנים.

נידון עיקר השאלה בנקודות אדומות על פני הריאה ונמצאו נקבים קטנים בקרום עליון בתוך הנקודות, והריאה עלתה בנפיחה בלא בלבון כלל, אח"כ חידשו השו"ב מדעתם לקלוף את בשר הריאה מן הקרומים, ונמצא האודם על בשר הריאה, והקרומים נקיים במראה ריאה בלא שום שינוי רק שני הקרומים נקובים זה כנגד זה כנגד מראה אודם שנראה בתחלה, גם לפעמים היו שורים את הריאה במים ולא עלתה בנפיחה אחרי השריי'. זאת תמצית השאלה:

א **תשובה,** הנה בבדיקת הריאה נמצא שלשה הדרגות זו למעלה מזו. (א') בדיקה מצד חומרא, לכן היכא דנאבדה ולא נבדקה, או היכא דאיתא לפנינו ולא איפשר למיבדקה כגון מפני מורסא או מפני סירכות כסדרן למטה מחליין, אזי מכשרינן בלא בדיקה, לכן בנגלד מקלתו או שניקב קרום עליון לחוד, לא גרע מנגלד מקלתו ואיכא מורסא בבשר הריאה, כשירה בלא נפיחה, ודי רק בראייה ובמשמוש לחוד, וכל כמה דלא חזינן שניקב התחתון כשרה, ותדע שהרי בניקב עליון לחוד הטריף הרמ"א בסי' ל"ו סעיף ב' [וכמ"ש בלבו"ש שם ס"ק ט"ו, דרמ"א לאו דוקא בנקלף מטריף] רק על גבי בועא, מכללו נשמע דעל מורסא כשר בלא גמגום. (וב') בדיקה שנתחייב ע"פ הפוסקים, דמ"מ סמכינן על בדיקתנו היכא דאיפשר למיבדק, והיכא דלאו איפשר למיבדק או שנאבדה הריאה מטרפינן, לכן בנגלד רובה דצריך בדיקה עפ"י בה"ג, בזה הוא דמחמיר התבו"ש [סי' ל"ו סעי' ד'] כמ"ש בלבושי שרד שם [ס"ק י"ה], אם א"א למיבדק מפני מורסא או מפני סירכא כסדרן וכן בסירכא שלא כסדרן שהלכה ע"י מיעוך ס"ל לבעל תבו"ש דדמיא לזה, מפני שהסברא מחייבת שלא נתקבל קולא של מיעוך רק בצירוף הבדיקה, [וכמש"כ במשבצות זהב סי' ל"ט, ס"ק י"ח]. (וג') בדיקה עפ"י דינא דגמרא, בזה מחמרינן לגמרי ולא סמכינן על בדיקתנו כלל, כמ"ש הש"ך [בסי' ל"ו ס"ק ט'] בשם אגודה, וכן העלה הפמ"ח [סעי' ז'] וגם טעמו של ש"ך בשם דמיקל, הוא כיון דאוושא אם היה נקב בוודאי היה מבצבץ הרבה:

ולפי"ז בנידון דידן בנקודות אדומות אפי' אם נראה מיד שניקב קרום עליון, אזי הבדיקה הוא מצד חומרא לחוד, לכן אפי' האדים הקרום עליון אצל הנקב וגם בשר הריאה נתאדם, אפ"ה כשרה אם עלתה בנפיחה, דמ"מ לא גרע מנגלד מקלתו, שהרי משום שהאדים הקרום אצל הנקב לא נתגדלה הריעותא, שכן דרכו של נקב שניקב מחיים להתאדם סביבו, כמבואר בש"ע [בסי' ל"ו סעיף ה' בהגה"ה] באדום סביב הנקב או באדום נגד הנקב סביב הצלעות, וגם מפני קורט דם שנמצא על בשר הריאה לא חיישינן לומר שקורט דם מעכב הבדיקה. חדא, דלו יהיה כן, מ"מ הבדיקה אינה מעכבת, ודי בדיעבד בראייה ובמשמוש לחוד, ועוד דאין לחוש לכך דלא מצינו שקורט דם יעכב הבדיקה רק בוושט בעור החיצון מפני שאדומה בתחלת ברייתה בעור החיצון בטבע היצירה, ואין מדמין בטריפות זה לזה, הגם שא"ל ראיה לזה, מ"מ להפיס דעתו של כבוד מעלת הרב נ"י להפקיע רעיונו ישים עיונו בפנים מאירות [חלק א' סי' א' תוך ד"ה ועתה כיון וכו'] שחידש שם בוושט שניקב עור הפנימי ע"י חולי ובחיצון לא ניכר שום חולי דזהו ניקב זה בל"ז דכשרה וכמ"ש התוס', הגם דנקב לא ניכר בעור החיצון, מ"מ לא חיישינן שניקב מפני שלא שלטה בו חולי כנראה לפנינו, וחידש שם דאם נמצא קורט דם בחוץ דטרפה, דמפני קורט דם שיש עליו הוי כאילו שלטה החולי גם בחיצון, יעו"ש. ומשמע להדיא דלאו דיקא בוושט מפני שאין לו בדיקה בעצמותו, רק עיקר המעליותא הוא משום שלא ניכר שום חולי, לכן היכא דאיכא קורט דם נסתלק המעליותא, אבל בבית
הכוסות

הכוסות וקורקבן לא חיישינן לכה"ג, שהרי גם אם שלטה החולי במקלתו של החילון ג"כ כשירה, הרי להדיא דלא חיישינן שדה יסתום הנקב, איברא גם בקורקבן וביה"כ לא מכשרינן, רק היכא שניכר שהוא ע"י חולי, שעיקר דינא דש"ס דאמרינן בהחלט אם אין שם מכה קורט דם מנין, זהו דוקא ע"י קוץ אבל לא ע"י חולי, [כדמשמע לישנא דש"ס ופוסקים דנקטי רק בע"י מחט וקוץ, וכן מצינו כ"פ לחלק ביניהם], והיכא דמספקא לן במחט או בחולי, טריפה ג"כ מספק, דבזה ל"ש להכשיר משום ס"ס של בעל אוכל מועד המבואר [בסי' מ"ט סעי' ד' וסי' נ"א סעיף א'] כמובן:

גם אין להטריף בכ"ד מטעם זה לומר ג"כ דמ"מ ספיקא הוא דילמא ע"י קוץ, ואזי יש לחוש משום קורט דם שנמצא בפנים על בשר הריאה, דז"א דלא מצינו זאת רק בנמצא על העור ולא בבשר, ובזה יפה כח כבוד מעלתו הרמה והדין אתו. ותדע, שהרי כל מקום שנסרך מפני ק"ד, אזי גם בחלודה ובשינוי כל דהו מבחוץ מטרפינן, עיין סי' מ"ח סעיף ע', והיכא דניקב עור החילון של הריאה ומורסא בבשר תחתיו כשרה, והרי מורסא גרע מחלודה, ועוד כדמות ראיה מדברי ההגה"ה המובא בט"ז [סי' ל"ח ס"ק ד'] וז"ל עד שיכנס בשני קרומים ובבשר יעו"ש, וגם לדעת החולקים דדי בקרומים לבד, אבל מ"מ נשמע מדבריהם דבעור החילון ובבשר לבד ל"א לומר שיפלים הלקותא של בשר לעור הפנימי, רק לדעת הט"ז שמטריף בעור החילון לחוד בלא בשר, אבל לדעת האחרונים דמכשרי עד שתהא הלקותא בשני עורות, אזי פשיטא דלא מצרפינן הלקותא של הבשר בהדי עור החילון דבזה לא נחלקו. נמצא לפי"ז בעיקר השאלה, הנני מסכים להכשיר ע"י נפיחה לחוד וכמ"ש מעכ"ת נ"י:

ב **אבן** בהמות הללו שהסירו הבשר מן הריאה ונמצאו שני הקרומים נקובים זה כנגד זה, ומתחלה היה ג"כ עור החילון מנוקב אצל הנקודות, ובמקום אחר לא נמצא גם עתה שניקב עור הפנימי לחוד רק כנגד נקב עור החילון שהיה מתחלה, אזי נלפע"ד ברור דלא תלינן במשמוש ידא דטבחא, שהרי בנתעסקה בכגרים ונמצא עליה כגרים ועוד, מיבעי' לן בנדה [דף כ"ט.] אם תלינן שנזדמן דם העסק כנגד דם המאכולת אע"ג שאין לך הדינין שאין בהן כמה טיפי דמים, ועיין ביו"ד [סי' ק"צ סעיף כ"ו], ועפ"י הכרעת רמ"א שם לא תלינן בכה"ג, אלא בכתמים שהולכין בהם להקל, אבל בדאורייתא בודאי לא תלינן בכה"ג, ועוד שהרי נמצא כו"כ נקודות בריאה וניקב אצלם קרום העליון ואחר שהסירו בשר ריאה נמצא שניקבו שני הקרומים בכמה מקומות נגד הנקודות, ובכה"ג אפי' בכתמים לא תלינן היכא שנתעסקה בכגרים ונמצאו עליה יותר משני גריסין, דלא תלינן שנזדמן דם העסק במילעי יעו"ש, והכא נמי לא תלינן שנזדמן לנקוב על ידי משמוש ידא דטבחא במכוון כנגד שני נקבים שבקה"ע ולפניהם ולאחריהם העורות שלימים, וא"ל דשא"ה שלא שלטה המשמוש רק נגד עור הפנימי לחוד ולא כנגד שניהם, כיון שגם בעור הפנימי לא שלטה כח המשמוש רק בעור הפנימי כנגד הנקבים שבקרום העליון ולא במק"א:

ג **ומש"כ** מעלתו הרמה דלעולם תלינן במשמוש ידא דטבחא אפי' בכמה בהמות זא"ז, והביא ראיה מדברי תה"ד בפסקי' וכתבי' סי' מ"ז. הדין עמו, אכן בעיקר פירושו בתה"ד הגם שלכאורה יפה כתב, מ"מ לא היה לו להביא ראיה מדין אשם תלוי דברייתא שלא כהלכתא, ביותר היה לו להביא ראיה ממתניתין גופא היכא דנמצא אותיות דחייבים חטאת אע"ג דנמצא בלא הרגשה, רק דתלינן לעולם בהרגשת שימוש, ולבאר דברי קדשו אכ"מ ואין העת והפנאי מסכים עמדי, גם אין להחמיר בשאר בהמות שנמצאו נקודות אדומות שניקב קרום העליון, מפני שנמצא באיזה בהמות שקלפו את הבשר מעל הקרומים וגם באיזה בהמות שסרו את הריאה ונמצא שני הקרומים נקובים, דאין להטריף בזה בבהמות אחרות, דאין מחזיקין מאלו לאחדות, רק אזלינן בתר עיקר הדין כמו שכתבנו, ואין להחמיר יותר ממה שהחמירו חז"ל בש"ס ופוסקים, רק במקומות שקבלו ביד השו"ב שהוא ע"י מורנא, ואזי צריכין לבדוק אחרי מורנא בשעת הריאה:

יום ה' כ"א אלול שנת תרי"ד לפ"ק קוטנא,
דברי ידי"נ ואוהבו הק' **משה יהודה ליב.**

מ"ש באות א דבנקודות אדומות אין הבדיקה מעכבת, והא דכתב הסמ"ח [סי' ל"ח סעי' ג'] בשם הר"ל דבנקודות אדומות אם לא בדק אחר נקבי' טרפה, איפשר דמיירי דלא בדק גם בריאה ומשמוש לחוד, וזה מעכב כמ"ש כאן בפירוש רק בדיקת נפיחה איננה מעכבת, ועי' ברא"ם אפרים [ס"ק מ"ס] שמפקפק ע"ד הסמ"ח אלו, דאין ראיה מהר"ל כלל:

שם דבנקב מצד אחד שהוא בודאי ע"י חולי, ומצד השני ק"ד דיש להתיר הוא מוטעה, וראיתי בס' חת"ס [חלק יו"ד סי' מ"ב] שאוסר בזה [אך בזה מחלק דע"י מחט צריך לבדוק אחר ק"ד ובע"י חולי א"צ], האמנם כי אין תלמיד קטן כמוני ערבה נפשי להכריע, אך מ"מ על ראיותיו שם יש להשיב לפענ"ד, מ"ש משומן הלב שהיה דבוק ללב, ובעובי הלב נמצא ק"ד ואסרו הרשב"ה, הנה הדין של רשב"ה בלא זה תמוה, כמבואר בפר"ח [סי' מ'], ולפמ"ש הכו"פ שם לתת מקום לדברי רשב"ה יעו"ש, א"כ ממילא מיושב ראייתו, דהתם גם בלא ק"ד הוי ספק טריפה מחמת הסירכא דשמא הסירכא הוא מלב, וס"ל דאין סירכא בלא נקב וניקב לחללו רק דבלא ק"ד הייתי מכשירין משום חזקה דבהמה בחזקת היתר עומדת, ע"כ ע"י ק"ד נתחזק הריעותא, ולטעם השני של הכו"פ גם בלא ק"ד עכ"פ יש פוסקים האוסרים וס"ל דגם בשאר האיברים אין סירכא בל"כ, ומחמיר רק באין הפ"מ, אבל בניקב מצד אחד שבלא ק"ד ל"ה שום ס' להסור, לזה אין מועיל הק"ד להחזיקו בטריפה, או אפ"ל דבדינו של הרשב"ה אסור מחמת ספק מחט, וכן ראייתו של חת"ס מט"ז [סי' ל"ז סס"ק ג'] בסירכא מלאה דם יש לדחות דאם הסירכא היא מהפשטת ליחה דם זה מאין ימלא בסירכא, והיכא דניקב מל"א וק"ד כנגדו ומספקא לן אי ע"י מחט או ע"י חולי, אין להתיר מחמת ספק ספיקא דאוכל מועד, משום דע"י מחט שניקב מל"א וק"ד מצד השני הוא בודאי טריפה ולא מחמת ספק. וכן נראה מלשון הפוסקים, וכדמות ראיה לזה מדצריך בדיקה על ק"ד, ולדעת המחבר [סי' מ"ח סעיף ח'] גם בדיעבד מעכב הבדיקה היכא דנמלח והודח, ולדידן באין הפ"מ, בלא איכא ס"ס שמא אין כאן ק"ד, ועוד דילמא לא היה הק"ד מחמת נקב מפולש, ולדעת הרמ"א [סי' ק"י] וש"ך שם [בכללי ס"ס ס"ק ל"ה] דבס"ס א"ל לברר, רק כשהוא לפנינו לבדוק, ולהחולקים שם דצריך בדיקה, כתבו ליישב הא דרואה מה"ת מותרת לשני בלא בדיקה, משום דל"ה בירור רק על ספק אחד דהדם הוי מן המקור, עי"ש בנוב"י מה"ק [חלק יור"ד סי' מ"ג] ובחו"ד שם, וה"נ ע"י בדיקה יוכל להתברר רק אם יש ק"ד אבל ספק השני עומד במקומו בלא בירור, א"ו דבק"ד הוי ודאי טרפה:

בסימן טו מ"ש בפנים בראיה מחו"מ [סי' ס"ו] דנידון דידן עדיף ממוחל בהלכתא דרגי, זהו לשיטת הפוסקים בטעמא דמוכר שט"ח, דמהני מחילת המוכר משום דמכירת שטרות מדרבנן, אבל לטעמא של ר"ת משום דמוחל רק שיעבוד הגוף שלא יוכל למוכרו, א"כ גם במוחל הוי בדידיה קעביד, ועיין בתומים [ר"ס ס"ו] דהעלה בהרבה פוסקים ובפרט בר"ו וד"מ, דמכירת שטרות דרבנן, וגם זה הדין במוחל שט"ח של רבית שיש לו על עכו"ם, מובא ברמ"א בשם רי"ו, וגם לר"ת מ"מ עדיף בתרתי. דלא קעביד מעשה וכוונתו להרויח:

[**ואגב** אכתוב כאן מה שיש לכאורה להפליא בדברי התומים שם, שמביא ראיה מרי"ו וד"מ דמכירת שטרות דרבנן דסברי דהמקדש במעמד שלשתן מקודשת רק מדרבנן, וא"כ בש"ס קידושין (דף מ"ז:) דכללינהו בחדא בקידשה במלוה דס"ל לר"מ מקודשת דאיירי הן במלוה בשטר הן במלוה ע"פ ובמעמ"ש, איך יהיה מלת מקודשת נחלק לשני פירושים, דלגבי מעמ"ש ע"כ הפי' דרק מדרבנן מקודשת, ואילו במלוה בשטר יהיה פי' מקודשת גמורה של תורה, דמכירת שטרות דאורייתא, ואיך כללינהו בחדא ושני פירושים במובן, ועכצ"ל דגם מכירת שטרות דרבנן, והכל קדושי דרבנן לדעת רי"ו, עכ"ל התומים. וקשה הלא ברמב"ן ב"ב סוגיא דאותיות (דף ע"ז תד"ה ה"ג) מביא מכאן ראיה דמכירת שטרות דאורייתא מדנקט במלוה בשטר לישנא מקודשת משמע מקודשת גמורה עי"ש, ואיך יהיה דברי התומים היפוך מדברי הרמב"ן, ולקושטא לק"מ דבאמת ראיית הרמב"ן ז"ל תמוה מאד, דאם סובר כדעת הרי"ו דמקדש במעמ"ש מקודשת רק מדרבנן, א"כ מוכח דלישנא דמקודשת לאו דוקא (וכקושי' התומים), ואי סובר כדעת הב"י דמקדש במעמ"ש מקודשת מדאורייתא, דכיון דתקנו חז"ל לקנין מעמ"ש אלים תקנו והילו לענין קידושין כאילו היה קנין דאורייתא, א"כ גם במכירת שטרות נוכל לומר כן, דהגם דהוא רק מדרבנן אלים תקנו לענין קידושין כאלו היה מדאורייתא, וכבר עמד ע"ד הרמב"ן האלו בס' פנ"י קידושין שם. והנה לפום התירוצים שתירצו רבותינו האחרונים על קושייתו, צריכין לומר דהרמב"ן

דהרמב"ן שוכר דהמקדש במעמ"ש מקודשת מדאורייתא, או כמו שתירצו האבני מלואים (סי' כ"ח ס"ק ל"ג) והזי"ר חלק ראשון (דף כ"ג אות ח') דבמעמ"ש הטעם משום דע"י הפב"ד דינו כדאורייתא, אבל במכירת שטרות א"א לומר דנחתו בזה מתורת הפב"ד מדחזינן דיכול למחול, ודמי לדברי תוס' יבמות (דף פ"ט:) בד"ה שהפקר עי"ש, או כמו שמתרץ בפנים לקמן (בסי' ס"ג אות ג') דבמעמ"ש הטעם משום ערב משא"כ במוכר שט"ח עיי"ש. מ"מ בע"כ צריכין לומר דהרמב"ן סובר דהמקדש במעמ"ש מקודשת מן התורה, אבל התומים מביא ראייתו משיטת רי"ו, ומשיטתו הראייה בצורה דמכירת שטרות דרבנן, דהוא סובר דמקדש במעמ"ש מקודשת רק מדרבנן, ונקט דלא תקנו כאן משום הפב"ד, וגם לא שייך כאן ערבות, (יהא מאיזה טעם שיהא), ובעכצ"ל דלשון מקודשת האמור בברייתא שם היינו מדרבנן, וכמו כן בקידשה בשט"ח מקודשת רק מדרבנן, הרי דמכירת שטרות דרבנן]:

באות ב בקושיית אאמו"ר זללה"ה מעדי שוכר ופרעון דהוי עדות שאא"ל, דלרבנן דלא דייני דינא דגרמי [וגם לדידן דדיינינן דינא דגרמי לשיטת הריצב"א בתוס' ב"ב (כ"ב:) ד"ה זאת אומרת, והש"ך (בסי' שפ"ו) האריך לפסוק כוותיה דגרמי הוא רק מדרבנן] הוי עדות שאא"ל, לשיטת הראשונים בסוגיא דשיקול הדעת דמדמו פסקו של דיין וטעה לשורף שטר, הגם דדיין עשה מעשה בגוף הממון, וה"ה בעדים כן הוא, אבל לשיטת התוס' שם ל"ק, דכבר חילקו במס' ב"ק [דף ק'] ד"ה עיסה, דל"ד דיין לשורף משום דדיין עשה מעשה בגוף הממון, וה"ה בעדים דע"י עדותם בפרעון או שוכר שאחמו נפטר הלוה בב"ד, ועבדי בדיבורם מעשה בממון עצמו, [ועי' ריטב"א ריש מכות], והנה לא מיבעי' לשיטת הפוסקים דגם בממון פסלינן עדות שאא"ל אפי' מדרבנן, בוודאי קשה קושיא זאת, [וגם לדידן דפסקינן דד"ג קשה, כיון דעדים זוממין קנסא, דגם דהמזיק הנתבע ע"י הזמה משלמין, ובקנסא אזלינן בתר דינא דאורייתא כמ"ש הש"ך (סי' ר"ח) מש"ש ב"ק, והיזק גרמי ל"ה רק מדרבנן, ע"כ לא נוכל לחייב תשלומי קנס ע"י דד"ג, וכמ"ש הריב"א מובא בתוס' ב"ק (דף ע"א:) בד"ה וסבר, לענין תשלומי דו"ה עי"ש], וגם לשיטת החולקים, מ"מ מודו דמדאורייתא צריך שיהיה יכול להזימה כמ"ש הנמ"י סנהדרין ריש פרק אחד ד"מ ושאר ראשונים, ובוודאי גם מדאוריי' מועיל עדות להחזיק, ולכאורה יש להביא ראיה לזה דהלת"ה רק דנימא דמה"ת לא מהני עדות אלא להוציא, אבל לא להחזיק דהוי עדות שאא"ל, א"כ כל עדי הזמה גבי ממון הוי אי אתה יכול להזימה, כיון דלפי עדותם החזיקו את הלוה בממונו ויבטל הזמתן, דאכן קי"ל כרב אשי [סנהדרין דף ע"ח] דעדי טריפה שהוזמו אין נהרגין לפי שאינן בזוממי זוממין [רמב"ם פ"כ מהלכות עדות ה"ז]. ועוד יותר יקשה דכל עדות שבממון [אפי' אם הוא להוציא] לא תועיל דהוי עדות שאא"ל, כמו דטריפה אינו כשר להעיד בד"כ [כמ"ש בתוס' סנהדרין דף מ': ד"ה לרצונו, ובכ"מ ע"ד רמב"ם הנ"ל, ובב"י וד"מ סי' ל"ג], ויש לדחות כיון דהמזימים העידו בעדותן להוציא מידי העדים, ואם יוזמו יצטרכו לשלם להעדים מה שזממו להפסידם ולהוציא מהם ממון, וממילא יצטרכו לשלם גם להמלוה, כיון דרק מתורת דלא דיינינן דד"ג אתינן עלה לפוטרם, וכבר כללא כייליו לן רבותינו בעלי התוס' ב"ק [דף נ"ח] ד"ה מתיב, דגם למאן דלא דאין דד"ג, מ"מ אם חיסרו מעט ממון גמור דצריך לשלמו, ממילא צריך לשלם הכל, וכתבו דזהו כוונתו דרבה דשף מטבע של חבירו ושייפא בשופינא חסורי חסריה, היינו שצריך לשלם בעד כל המטבע, כיון שחסרו מעט עי"ש, וכמו כן כיון דבעדותם העידו בתרתי, להחזיק את הלוה בממונו ולהוציא מידי העדים, ואם יוזמו כיון שיצטרכו לשלם בעבור מה שזממו להפסיד בעדותם על העדים דבזה הוי מזיק ממש, ממילא יצטרכו לשלם גם למלוה, הגם דבזה לא הוי רק גרמי, [ויש לחלק מדברי תוס' כמובן], אבל יש להביא ראיה דהא איסי בן יהודה אומר, שבועת ה' תהיה בין שניהם אין רואה הא יש רואה יביא ראיה ויפטר, וצריך שני עדים כמ"ש רש"י ב"מ [דף פ"ג.] ד"ה ואפי', וא"ל דבלא עדיה ג"כ אין חיוב ממון עליו רק חיוב שבועה, וכיון דהוא במקום רואים צריך לברר טענתו ולא נפטר בשבועה, ולפוטרו משבועה א"ל שיהא י"ל [וכמ"ש האחרונים] דאיזה כח מרובה כח המוחזק או שאינו מוחזק, הוי אומר כח המוחזק מרובה, ומה דאם ע"א מעיד לסייע את האינו מוחזק מחייב את המוחזק שבועה, הגם דע"א אינו בהזמה [ש"ס ב"מ דף ד'] מכ"ש אם מעידים לפטור את המוחזק משבועה בוודאי א"ל י"ל [ועי' מ"ש בסמוך בזה], אבל א"א לומר כן דא"כ למה צריך שני עדים הלא בע"א סגי דהוי עד המסייע [וכמו שהביאו האחרונים בשם הש"מ ב"ק דף י"א עי"ש], אלא ע"כ דהא לא מייתי סהדי, חיוב ממון עליו רמיא, ואפ"ה מועיל עדות העדים לפוטרו, ובפשטא דאיסי ב"י מפרש הכי הקרא דאם יש רואה יביא ראיה ויפטר, ובפרט לדברי הש"מ ב"ק הנ"ל, הרי דעדות להחזיק מהני מן התורה, [והאמנם דזהו מילתא דפשיטא גם בלא ראיה הגנתי כה מה שעלה ברעיוני בזה], ולשיטת הפוסקים הנ"ל החולקים על שיטת התוס' בסוגיא דשקה"ד, קשה הלא אם יוזמו לא יצטרכו לשלם והוי עדות שאא"ל, ולפי מ"ש בפנים בליקוטי הגהות והערות [כעת א"א לי להדפיסם, וה' יעזור לי שאזכה להוציאם במהרה לאור עולם] לתרץ את קושי' התומים [סי' ל"ח] להפוסקים דגם בממון שייך כאשר זמם ולא כאשר עשה מעדי פרעון, ומתרץ עפ"י דברי תוס' ריש מכות דהיכא דלא שייך כלל לדונם כאשר יזמו לעשות, בע"כ צ"ל דכאשר זמם לא קאי ע"ז, על כן לא מצרכינן שיהיה יכול להזימה, וה"נ יש לומר לשיטת החולקים דבממון לא שייך לומר ולא כאשר עשה, דעדים מועילים להחזיק רק משום סברת התוס', וכמו כן צריכין לומר לשיטת הבעל המאור פ"ב דכתובות, וכן הסכים עמו הש"ך [סי' ל"ד ס"ק י"ג] דעדי שטר לא נענשו בדין הזמה, וקשה דא"כ לא יועיל שום עדות בשטר דהוי אי א"ל, וצ"ל עפ"י דברי תוס' אלו:

[**ואציג** כה מה שאמרתי עוד בזה כעת, לכאורה הנה הרמב"ם (פ"ג מהלכות עדות ה"ד) פוסק דדין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהם ולא מכתב ידן, ורק מדברי סופרים הוא שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר כדי שלא תנעול הדלת בפני לוין, והקושיות ע"ד הרמב"ם האלו מכמה סוגיות בש"ס גדולים הם, ומקודם נדברה בטעמו, דבשיטת הבעה"מ הנ"ל דבשטר לית ביה דין הזמה, מפרש התומים (בסי' ל"ד סק"ט) דהולך לשיטתו ביבמות, דלכן לא הוי כל עדות שבשטר מפי כתבם, כיון דכתבו בשליחות הלוה הו"ל מפי כתבו, וע"כ אם הוזמו ונתברר שלא ציוה הלוה להם שיחתמו, א"כ נתברר שלא העידו כלום, דחזר הדבר למפי כתבם, ואין כאן גדר עדות כלל, ומש"ה לא שייך בהו הזמה, עי"ש בתומים. וא"כ אפ"ל דגם הרמב"ם ס"ל כשיטת כל הפוסקים דבעדות שבשטר ל"ה מפי כתבם, ומשום טעמא דבעה"מ דהוי מפי כתבו, ואעפ"כ פסול עדות שבשטר מה"ת, משום דל"ש ביה הזמה דאם יוזמו לא יענשו דהוי מפי כתבם, וה"ל עדות שאי א"ל ומה"ת בוודאי בעינן יכול להזימה, ורק מדרבנן הוא דכשר כמו דל"ב דו"ה משום נע"ד, וכשיטת הפוסקים דמדרבנן ל"ב יכול להזימה, (ובעה"מ ס"ל כתירוץ שני של התוס' ריש מכות כהנ"ל, והרמב"ם לא ס"ל כן), ואם כנים דברי בזה מיושב הקושיא על הרמב"ם מריש גיטין דמה"ת עדים החתומים על השטר הוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד, דהתם בגט או בשטר קנין ל"ב יכול להזימה כמ"ש הנתיבות (סי' כ"ח סס"ק ח') כיון דל"ב הגדה בב"ד ולא העידו על גמר הדבר רק ע"י אנן סהדי, ובזה ל"ב יכול להזימה, והנתיבות נקיט סברא זו גם לדין מפי כתבם, ועפ"י דברינו אין אנו צריכין לומר כן, רק דכל טעמו של הרמב"ם הוא משום עדות שאא"ל, ולכאורה יש ליישב בזה קושיית הנו"ב (באהע"ז סי' ל"ג) על הרמב"ם מהא דפסק (בפ' י"ד מהלכות מלוה ולוה ה"י), דע"א בשטר וטען הלוה פרעתי הוי מתוך שאיל"ש, הלא לשיטתו כל עדות שבשטר מהני רק מדרבנן ובדרבנן ל"א משאיל"מ, וקושיית העולם מב"ש שבועות (דף מ"ה ע"ב) דמוקי שבועות השומרים דחייבי' רחמנא בדאפקיד בשטר, ולהנ"ל י"ל כיון דסברתו של הרמב"ם הוא משום עדות שאא"ל, א"כ מ"מ מחייבים שבועה בעדות שבשטר (וכמ"ש בסמוך) דלא גרעו מע"א והוי כמו כל ע"א בע"פ דמחייב שבועה הגם שאינו בהזמה, וממילא דבמודה הלוה בהלואה וטוען שפרע, גם מה"ת מחוייב על עדות שבשטר משום מתוך, מידי דהוי ע"א בשטר דמ"מ הוי חזקה דלא פרע דלא היה מניח בידו שטר כזה, ומחמת מיגו דלא לוה אינו נאמן, דאז הוי מחוייב שד"א והוי מתוך שאיל"מ, וה"ה דיש לומר כן בשני עדים מן התורה, ולכן פוסק הרמב"ם שפיר דבע"א בשטר הוי מתוך, משום שיש עליו חיוב שד"א, דכל הטעם בשני עדים על השטר דאינו נאמן לומר פרעתי הוא משום זה, וגם מסוגיא דשבועות ל"ק, דמשני התם דא"כ לומר נאנסו במיגו דהחזרתי, כיון דבהחזרתי הוי מתוך, וגם במיגו דלהד"ם א"כ כיון דאז יהיה מחוייב שד"א ואמרינן מתוך, והתם קאי לתרוצי דברי רמב"ח דאמר כמה מעליא הא שמעתא כמ"ש הראשונים שם. ואיהו ס"ל מתוך כמבואר בסוגיא דשאלה ושכורה ב"מ (דף צ"ח), אבל ז"א דאפי' אם יהיה טעמו של הרמב"ם כן מ"מ לא מחייב שבועה, דכבר חידש לנו הרמב"ם (פ"ה מהלכות עדות ה"ג) דאין עד אחד מחייב שבועה רק בעדות כשר הראויה להצטרף עם אחר, וכיון דאין עדותן עדות משום עדות שאא"ל אינן ראויין להצטרף גם עם ע"א בע"פ, וממילא דגם שבועה אינם חייבים:

בהאי דינא אם גם בממון אמרינן ולא כאשר עשה. מצאתי ראיתי דאיפלגו רבותינו הראשונים

הראשונים ז"ל בשיטת הרמב"ן ז"ל, לאן דעתו נוטה, הרשב"א בחידושיו לב"ק (ריש דף ה') מביא משמו דחלוק ד"מ מד"נ בזה, דבממון גם היכא שכבר נעשה מעשה על פיהם נענשו בדין הזמה, דהא מביא דעת הריב"א והר"ת דסוברים כן וכתב ע"ז וכן דעת הרמב"ן ז"ל בפ"ק דמכות (לכן נקיט האו"ת בסי' ל"ח דשיטת הרמב"ן כדעת התוס'); אולם הריטב"א מס' מכות (דף ב':) ד"ה תדע, מביא בשם הרמב"ן דגם בממון אמרינן ולא כאשר עשה, רק היכא דלית ליה להבע"ד לשלם מחוייבים העדים לשלם מטעם דד"ג דלא גרע מדן את הדין וטעה דאמרינן מה שעשה עשוי ומשלם מביתו, אבל היכא דאית ליה לבע"ד הוא מחוייב להחזיר והעדים פטורין, והנה בעיקר הדבר ל"ק על הריטב"א דמביא בשם הרמב"ן היפוך ממ"ש בחידושיו שם, דנוכל לומר דלענין הלכה נקט לעיקר בשיטת הרמב"ן את מ"ש בסדרי דיני דגרמי שלו (בדף מ"ג סוף ע"ד בדפוס פיורדא) וז"ל ומיהו ב' שהעידו עדות שקר והפסיד חבירו ע"י וא"א להוציא מידו כגון עכו"ם או אלם או הודו הם והוא לא הודה חייבין לשלם שהרי לא גרמו לאבד ממונו של זה עכ"ל, אבל נע"ק על אשר עזב הריטב"א ז"ל את דרכו להביא את דברי הרמב"ן בחידושיו, ואולי מה שכתב שם מקודם לזה הם דברי הרמב"ן במקומו במס' מכות, כנראה אשר לשונם יחדיו יתאמו, אולם לאח"כ כתב דלענין פסק נראה לו לעיקר בדעת הרמב"ן כמ"ש בדד"ג שלו דגם בממון אמרינן ולא כאשר עשה]:

ועל גוף הדבר המבואר בפנים, להוכיח בראיה דחיובא דעדים זוממין שאני מחיובא דשאר מזיק, יש לעיין מדברי הרמב"ן והריטב"א מס' מכות [דף ג'.] ד"ה מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז, דאין לפרש שאומדין מה שהיה יכול זה להרויח באלף זוז עד עשר שנים וכו', ועוד שזה גרמא בנזקין בעלמא הוא שפטור במילי דנזקין וה"ה לענין הזמה כדכתיבנא לעיל [בריש מכילתין גבי תרומות ומתנות כהונה], ובסוף דבריו מסיים ומכאן דן מורי הרא"ה ז"ל במי שמכר שט"ח והאריך ללוה וכו' חייב לשלם מה שהפסיד בארוכות זה ללוקח מדינא דגרמי כדאיתא בדוכתא שאומדין וכו' [וזה הדין הכתוב בש"ע (סי' ס"ו) מובא בפנים], מוכח מראשית וסוף דבריהם דחיובא דעדים זוממין שוה לשאר מזיקין, [וכן קשה על הקצה"ח (ר"ס ע"ג) שמחלק על ראיית מהרי"ט ממשנה זו, בין הוצאה מהלוה או שיהיה ביד הלוה דאינו אלא המבטל כיסו ש"ח, והלא הריטב"א בשם הרא"ה אינו מחלק בזה], ואיפשר לתרץ דזהו מיתלא תליא אי גרמי מדאורייתא או לא, דלרבנן דלא דייני דינא דגרמי כלל, ולשיטת הפוסקים דגם לר"מ הוי גרמי רק מדרבנן, ואפ"ה עדי שוחד ופרעון שהוזמו מחוייבין לשלם מן התורה הגם דלא הוו רק גורמים, וע"כ דעדים זוממין חייבים גם מה שאר מזיק פטור, ממילא די"ל דגם בגרמא דקלישא מגרמי ג"כ עד"ז חייבים, דלדידהו לא מצינו חילוק בין גרמי לגרמא, וזהו הראיה מ"ש בפנים מרבנן, ולדידן אי גרמי הוי רק מדרבנן, וגם בדברי השמ"ע דלא הקשה מעדים זוממין הגם דשתם משנה ר' מאיר הוא [ועי' בתוס' ב"ק דף ע"ד: תד"ה הוה], דהולי גרמי הוא רק מדרבנן, אבל הרמב"ן ז"ל דפוסק [בסדר דיני דגרמי שלו] דחיובא דגרמי הוא מן התורה, ודברי הריטב"א אלו [כאן ריש מסכתא] נובעים מהרמב"ן, וא"כ תו לית לן שום חידוש בעד"ז יותר משאר מזיק [רק מה דנענשין גם שנתבטלה עדותן ע"י הזמה ולא ירעו והשחיתו מאומה, וזהו מטעם קנס, וכמו שפירשו הראשונים שם בהוכחת רבה דעד"ז קנסא הוא, אבל מ"מ מה שזממו לעשות צריך שיהיה ההיזק שחייב שאר מזיק אם נעשה היזק כזה על ידו], לכן הקשו שפיר דבגרמא יהיו עדים זוממין פטורין, וגם הוכיחו דגם מוכר שט"ח חייב על הרחבת זמן כיון דחזינן דעד"ז חייבים על זה, וכמ"ש הרמב"ן והריטב"א ריש מכות בשמו, דעדים זוממין אינם חייבים מה דהוי רק גרמא כגון בתרומות ומתנות כהונה, משום דכאשר זמם לעשות כתיב ולא כאשר זמם לגרום, אבל לרבנן ולפוסקים דגרמי דרבנן, אפ"ל דהם לא פירשו הפסוק כן, כיון דעדים חייבים בדד"ג, וליכא לחלק לדידהו בין גרמי או גרמא, כיון דליכא דכוותיה בדאורייתא, [והא דלא משלמי בעדות ב"ג מה שהפסידו לו התרומות, משום שאר תירוצים שכתבו הראשונים שם]. ואפ"ה מודים דבהרחבת הזמן חייב המוכר, נהי דלא מוכח מעדים זוממין, מ"מ ס"ל מסברא דהוא גרמי, או כמ"ש בפנים [בסוף אות הזה], ואם נאמר דבאמת חולקים אדין זה, מיושב מה שעמד הש"ך [סי' ס"ו ס"ק פ"ג] על לשון הש"ע שהביא דין זה בשם יש מי שאומר:

באות ו חידש דכל מה שתקנו חז"ל בהפקעת ממון נתתו בזה מתורת הפקירא [ועמ"ש בזה לקמן בביאורי לסי' ע'] וכמו כן באבק רבית דאסרו חז"ל בע"כ צ"ל משום הפקר ב"ד, [וביתמי דהתירו א"ר, הוא משום הפקירא מן הלוה, ועיין בתוי"ט פרק איזהו נשך משנה א' ז'], ותלמיד אחד נ"י הקשה לי ע"ז מתוס' יבמות [דף פ"ט:] ד"ה הפקר, גבי מן הטמא על הטהור [מובא בפנים אות זה], וה"נ כיון דאיכא יוצאה בדיינים ל"ה הפקר גמור, והשיבותיו דהנה אם המלוה לקח הא"ר בלא דעת הלוה יוצאה בדיינים [ש"ע יו"ד סי' קס"א סעיף ד'], ואם הוא מדעת הלוה אזי נהי שהוא הפקר מתקנת חז"ל, מ"מ כיון דיוכל לומר אי איפשי בתק"ח שהוא לטובתי [וגם בדבר שהוא משום הפב"ד יכול לומר א"א, וכדמוכח מעיקרא דדינא די"ל א"א, גבי איני ניזונת וכו', דגם שם צריכין לומר דהוא משום הפב"ד, לפמ"ש בפנים דכל מה שתקנו חז"ל בהפקעת ממון צ"ל דנכנסו בזה משום הפב"ד], וכיון דנתן הלוה הא"ר מדעתו הרי אין לך אמירת א"א בתק"ח גדולה מזו, ובנתינתו כבר קנה המלוה את הא"ר, רק לצי"ש צריך להחזיר, וזהו מחמת איסור דרבנן, אבל ההפב"ד כבר נפקע מחמת נתינתו מרצונו, משא"כ ברבית קצוצה דעל דבר דאורייתא א"י לומר א"א, לכן יוצאה בדיינים, [ועי' בבית שמואל אהע"ז סי' כ"ח ס"ק כ"ו] מה שהביא מחלוקת ריטב"א ורי"ו אי קנה המלוה הר"ק, רק מחמת מ"ע דוחי אחיך כופין להחזיר. ראיתי באבני מילואים שם [ס"ק כ"ג] שחקר דאם קדשה בא"ר במגיע לו ממנה דמן התורה חוב גמור הוא, הוי קידושין דאורייתא, לדעת רי"ו בקידשה במע"ש דאינו קידושי תורה, וממילא דבא"ר להיפוך, ולפמ"ש בפנים דחכמים תקנו בא"ר משום הפקירא וממילא דל"ה קידושין, והא דל"א גם בדינא דרי"ו משום הפב"ד, עיין בזי"ר ח"ר [דף כ"ג אות ז']:

באות ח מ"ש מסמ"ע [סי' קפ"ג], שאמנם דלתרץ שיטת רמ"א [סי' רנ"ב] קיימינן, והרמ"א פסק [בסי' קפ"ג] דאם המוכר שקנה לשליח הכל לשליח, דס"ל כשיטת רש"י דלכן חולקין משום דמספ"ל למי נתן המוכר, אך בטו"ז שם הכריח דגם רש"י מודה לטעמא דהרי"ף משום דמעותיו גורמים דא"כ למה ל"א המע"ה, [רק הרמ"א מחלק דזהו בסתמא, אבל היכא שהמוכר גילה בפירוש שנותן לשליח, בזה פוסק הרמ"א כר"ן בשיטת רש"י כיון דחזינן שאינו נותן בשביל המעות], משא"כ הכא שהרויח במעות של המפקיד, בוודאי כל הפוסקים מודים לסברא הזאת שמעותיו גורמים, ומה שהובא בפנים דברי הסמ"ע הוא לרווחא דמילתא ליישב דברי המרדכי ב"ק אשר סותר דברי רמ"א [סי' רנ"ב] משם, וכאשר באמת הכריעו הטו"ז והש"ך [סי' קפ"ג] דלא כרמ"א שם, וכן הוא שיטת המרדכי, כמ"ש הטו"ז:

באות ט במ"ש דהכא כיון שלא תבעו המפקיד, ענה בדעתו של הנפקד דאין צורך למפקיד להתעסק בהם, אין להקשות שלא הכא לק בתבעו איירי וכמ"ש בפנים [בסוף אות הזה], אולם דבריו סובבים היכא שלא תבעו בשעה שהוציאם רק אח"כ, לכן הוסיף להניף, דמש"ה ל"ה שולח יד וכלתה שמירתו, משום שבדעתו שאין צורך למפקיד, ועכשיו שתבעו צריך ליתן רק הריוח משעת התביעה והלאה ולא אשר הרויח קודם התביעה, וכמ"ש בטעמו [בסוף אות הזה]:

באות י חידש דבמעות מותרים אינו רשאי להוציאם רק בעיסקא, ולא למישתי בהו שיכרא, וראיה מדין ומלשון המשנה ס"פ המפקיד [והראתי בבית מאיר (סי' ג' ס"ע) שהאריך בזה ומסתברא ליה כן דאסור להוציאם רק להעמידם בעיסקא], ולכאורה יש לדקדק מסברייתא שם להיפוך דקתני אם הוציא מעל הגזבר, הלא על הוצאתם לצרכו לא הורשה מאת הגזבר והוי לא עשה שליח שליחותו, ועוד יותר קשה לי מדברי תשו' הרא"ש [כלל נ"ה סי' א'] בשם ה"ר אביגדור כהן, וז"ל וההוא דתוספתא דתני המקדש בפקדון מקודשת, מיירי בפקדון שהרשוהו בעליו לשמש בו וקידשה בהנאת שימושו, או במעות מותרין המופקדין אצלו, דמשעה שהפקידם כמו שהלוהו דמי עכ"ל, הרי דיוכל לקדש אשה במעות מותרין המופקדין, והוא הדין לשאר צרכיו שאינם לעיסקא, אך נראה נהי דאינו רשאי למישתי בהו שיכרא משום דהוי כעיסקא, והם מבואר הטעם בתוס' ב"מ [דף ק"ד:] ד"ה דלא, משום שכשמוציאם מפסיד המלוה שאין קרן שלו קיים ואין לו על מה לסמוך, והנה מסתברא דמעות מותרין המופקדין, רשאי ללוות לחבירו על משכנות, כיון דהוא בטוח במעותיו, [וטעמו של רש"י ב"מ שם כדי שיטריח ויעסוק בה יפה ל"ש כאן, דקודם תביעה אין לו חלק בריוח, ועל אחר התביעה הלא ע"ז אנו דנין אם האי ריוח של המפקיד, בשביל שאסור להוציאם, ואי נימא דמותר להוציאם ממילא דכל הריוח של הנפקד], וכמבואר במרדכי ס"פ המפקיד בהלוה על רבית, וה"ה בלא משכון אם המפקיד רגיל ללות לאיש הזה נראה דמותר להלוות לו בעיסקא, מידי דהוי כמו

בחפץ

בחפץ המופקד דמותר להפקיד למי שרגיל המפקיד להפקיד , וא"כ אפשר דדברי ה"ר אביגדור כהן שקידשה במעות מותרין איירי בגוונא אלו , והלוה לה לעיסקא , וקידשה בהנאת שימושה במעות , ואפי' שעדיין רבית ל"ה כיון שנתן לה בתורת עיסקא , ובעד הריוח שיגיע לו ממנה הנאה מקודשת , וכעין שכתב בתחילת דבריו , שקידשה בחפץ בהנאת שימושו , וי"ל שנתן לו רשות בפירוש לשמש בחפץ , לכן כתב דמשכחת במעות מותרין ובסתמא יש לו רשות ג"כ להשתמש באחד מאלו על משכנות בטוחות , או למי שרגיל להפקיד . או יש לומר דקידושין לא דמי לשאר עשיית צרכיו , כיון דע"י הקידושין עומד הדבר שיזכה הבעל בכל הזכות שיש לאשתו לאחר הנישואין , [וכ"מ קצת בתוי"ט ב"ב (פ"י מ"ד) בשם הנמו"י בטעם השני דחתן נותן שכר כתיבת שטר אירוסין] , וגם המעות קידושין לאו לטיבועין הם לאחר הנישואין כמ"ש הרמ"א אהע"ז [ר"ס נ'] משא"כ בהוציאם לצרכיו לאכילה וכיוצא , דכלה המעות ותמורתו מרשותו לגמרי , [וכדמות ראיה מש"ס קידושין (דף מ"ז.) נימא כתנאי וכו' ואי אמרת מלוה להוצאה ניתנה אמאי קנה , למה לא אוקמינן דקידשה במלוה שיש לו מאחרים , ות"ק סובר אינה מקודשת משום דמלוה לאו להוצאה ניתנה רק לעיסקא ואינו רשאי לקדשה בהם , ויש אומרים ס"ל דהמלוה לה"נ ויש לו רשות לעשות בהם כחפצו , אבל במכר דהוא עסק להרויח שוין שקנה , ומוכח מזה דגם אי מלוה לאו לה"נ רשאי לקדשה , וה"ה לדידן [דמלוה לה"נ] במעות מותרין המופקדין , ויש לדחות דא"כ פשיטא דבמכר קנה] . ועיין בחו"מ [סי' קכ"ה ס"א] ובאו"ת שם [ס"ק ג'] מ"ש בטעם שיטת הרמב"ם היכא דהלוה זיכה מעות החוב למלוה והחזיר הזוכה להלוה מש"ה חייב בכל אחריות , הגם דאלו היה ג"כ היתר תשמיש משום דהיו מעות מותרין , מ"מ פשע דיהיה קשה להוציא מן הלוה , ועפ"י מ"ש בפנים מובן היטב כיון דאלו יש היתר תשמיש רק לעיסקא , ולעולם בטוח הוא מתי שיתבענו שיתן לו המעות או מחירם , אבל כשיתן בחזרה ללוה , אזי יוציאם לכל צרכיו ויכלה המעות , אך משמע בתומים שם דעל היתר תשמיש לבד כמו שהיה אלו ג"כ אינו רשאי וקשה עליו מתשובת ר"א כהן מובא בתשו' רא"ש הנ"ל , אך מביא התומים שם חולקים על זה , וא"כ נוכל לומר דגם רבינו אביגדור כהן הוא מהחולקים :

בסימן טז

[באות ו'] ליישב קושיית קצוה"ח על הרמ"ה עפ"י הפוסקים גבי הפורץ גדר , וכן רמ"ה ס"ל בפירוש מובא בטור [סי' שצ"ו] דפורץ כותל בריא חייב גם על הבהמה , והרא"ש דס"ל דפטור על הבהמה בריש פרק הכונס וכן הוא לדעת הטור [שם] לשיטתו הולך גבי הדקים באינדרונא , וחולק ג"כ על דינו של הרמ"ה גבי נועל ביתו , בפ' כילד הרגל [סי' ה'] :

באות ח ליישב שיטת הר"א מטילא מקושיית המל"מ עליו [ועי' בב"י יו"ד ס"ס ק"ם ד"ה המעכב מ"ש בזה] , וחידש בראיה מש"ס גבי כתובה , דעדים זוממין אין משלמין על שהפסידו לו ספק ממון בלתי אם יוכל למכור את הספק הזה , דזה הוי ודאי הפסד כיון דשוה כך למכור , אין להשיב על זה מדברי הרמב"ם [פרק כ"א מהלכות עדות] ומגדל עוז שם דעדים זוממין משלמין משום דהפסידו להאדון שיוכל העבד לתפוס , הגם דהוי רק ספק אם יוכל לתפוס , דזה אינו דהתם הוא להיפוך שבלא עדותן היה הממון בוודאי של האדון ואינו מועיל שום תפיסה מזולת ומפקינן מיניה , והעדים גרמו אשר הממון שהיה שלו בוודאי , ועכשיו הוי רק ספק שיועיל תפיסת העבד , משא"כ הכא דגם בלא עדותן לא היה לה רק ספק ממון , ושפיר יאמרו דלא הפסידו לה , [ועי' מש"כ בפנים בליקוטי הגהות והערות ע"ד נתיבות (בסי' כ"ח) ממשנה דשבועות , ומשם ראיה לזה] , אולם הקשה ע"ז תלמיד אחד נ"י מדברי הרמב"ן במלחמות ה' ריש מס' מכות שכתב בתוך הדברים וז"ל וכן לענין הגוף לפי ע"ה שבכן , שאם מתה יורשה עכ"ל עי"ש , והלא הוי רק ספק ממון , וגם אין ביכלתו למוכרה כמבואר בירושלמי וברמב"ם [פכ"ב מהלכות אישות הט"ו , מובא בפנים בכמה דוכתי] דבעל שמכר בנכסי מלוג הגם שמתה היא קודם מיתתו המקח בטל , והשבתי לו הן אמת שגם הרמב"ן סובר כן במלחמות ה' מס' יבמות [פ' אלמנה לכה"ג] , אולם עודנו ביכלתו למוכרה ולהתנות שהמכירה תחול לאחר מיתתה , ובכה"ג מהני כמבואר בב"ש אהע"ז [סי' צ' ס"ק מ"ז] , והגם דהב"ש שם כתב דזה תליא במחלוקת הפוסקים בש"ע ח"מ [סי' רי"א] גבי שדה זו , אך באבני מילואים שם מבואר דכאן לכל הפוסקים מהני עי"ש בטעמו , ועוד י"ל טעם אחר דאיתא בש"ס ב"מ [דף ט"ז] דמה שאירש מאבא מכור לך לא מהני המכירה משום דלא סמכא דעתיה , ופירש"י דאולי ימכור האב , א"כ כאן כיון דאיתא לתקנת אושא , ול"מ מכירתה וממילא הלוקח סומך דעתו :

והנה בעיקר הדבר המבואר בפנים שהספק הזה שהמלוה יניח לו מחובו אינו עומד לכך ולא עבידא דאתי , יש להביא ראיה לזה מהא דקי"ל דמחמת חזקה אין אדם פורע ת"ז מוציאין ממון [ב"ב דף ה'] , מי לא עסקינן שהלוה טוען שפרע ת"ז בשביל שהמלוה הוזיל לו בשכר הקדמת פריעת הלואה ועי"ז ליכא חזקה המנגדת דמה בלע לו אם המעות בידו דיוכל להרויח בהם , הלא טוב לפניו אם מרויח מיד מן המלוה , ואפי' אם טוען שפרע ת"ז בלא הזלה מהמלוה יהיה נאמן במיגו שיטעון כן ולפשוט דל"א מיגו במק"ח [ועי' תוס' שם ד"ה וכא בזמנו] , אלא וודאי משום דאינו עומד לכך , שהמלוה יוזיל לו בת"ז , כיון שכבר אמוד בדעתו שלא יצרך לו המעות במשך זמן שקבע , ולכך לא מהימן לטעון כן , דהוי כטענת יש לי בידך כנגדו , וכמ"ש בפנים [בסי' כ"ז אות ז'] בטעם דאינו נאמן יש לי בידך כנגדו בלא מיגו [ולכאורה י"ל היכא דתבעו לאח"ז ואמר שפרע ת"ז ע"י שהמלוה הוזיל לו , דאפי' לשיטת הרי"ף שם דהוי איבעי' דלא איפשטא , בכה"ג כיון דהוי כמו יש לי בידך כנגדו יהיה נאמן במיגו וצע"ק] :

אך בהריטב"א ריש מכות [דף ג'] פירש במשנה שם דאומדין מה שהמלוה היה מניח לו עי"ש , אבל מ"מ הדברים הכתובים בפנים אינם סתורים מהריטב"א , דפירושא דהריטב"א הכי הוא , דהעדים מפסידין את הלוה כל האלף זוז שעכשיו אינו חייב לו כלום [וכמ"ש הרמב"ן שם , וכמבואר כעין זה בה"ר פרץ מובא ברא"ש פ"ק דגיטין (סי' י"ט) ובטור ח"מ (סי' ק"ה) דבת"ז אינו מועיל תפיסתו של המלוה אפי' היכא דאיכא פסידא דמלוה] , ומחשבים מה שהלוה היה נותן עכשיו כדי לפוטרו מחוב זה אם הלוה היה מניח לו , והשומא זו לא ישלמו לו , כי בלעדם היה פורע הלוה כך והשאר ישלמו , ותו לא קשיא הלא על ספק אין משלמין עד"ז , דאדרבה ספק זה מועיל להם שלא ישלמו כל החוב , משום דמחמת ספק שמא יוזיל לו המלוה ועי"ז יפרע הלוה בלתי עדותם , ע"כ מנכין השומא זו , אך מ"מ אינו מיושב ראיית הר"א מטילא , דילמא פירושא דמתניתין כן הוא [והגם שאאמו"ר המחבר ז"ל לא ירד להציל את הר"א מטילא רק מקושי' המל"מ , מ"מ חובה עלינו להבין דברי קדשו של הר"א ז"ל] :

ונראה דמסתברא דהא דכתבו הרמב"ן והריטב"א דהמשקל הוא שלעת עתה אינו חייב כלום , הוא לדידן דקי"ל כרבא דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה , אבל לאביי דס"ל למפה"ג וקה"ג קנוי לו מעת הלואה ומכירת המלוה מועיל לנכסי הלוה גם תוך זמנו [כמ"ש רש"י פסחים בפירוש] , וגם מדהוי מוחזק לגבי ירושת בכור והבעל כמ"ש הרמב"ן ב"ב ושמ"ק בסוגיא דראוי , בוודאי לא נוכל לומר דהעדים מפסידים לו לגמרי , רק דמיד נאחז שהפסידו לו העדים מה שהמלוה יניח את הלוה מחובו , כיון דקה"פ אין לו בנכסי לוה , ועל זה אינם משלמין העדים , ולכן ראיית הר"א מטילא שפיר דהיאך יפרנס אביי משנתנו , אלא וודאי דהשומא הוא כמה יתן הנתבע שיעכב האלף זוז בידו עד עשר שנים ואיירי בשכירות , ואין בשכירות משום רבית לאביי , וממילא דה"ה לדידן דבזה לא פליגי , [והא דבמתניתין דלעיל מיניה גבי מעידין אנו את איש פלוני שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובתה דשמין באשה , משום דהתם עכשיו שהחיוב הוא בספק שמא תמות היא מקודם ל"ש לומר למה"ג , ועמ"ש בפנים (סי' פ') באריכות בזה , או דאביי מפרש המשנה כרב חסדא דשמין בבעל] , ובפרט דהא נימא דדינא דהריטב"א והרמב"ן תלי' בפלוגתא דה"ר פרץ ורא"ש הנ"ל דברי הר"א מטילא נכונים בפשטא , כיון דקי"ל [בש"ע סי' ק"ה] כדעת הרא"ש בלי שום חולק , תו ל"ק אם גם הר"א מטילא פשיטא ליה דלא כדעת הרמב"ן והריטב"א בזה משום דמישך שייכי אהדדי :

ועפ"י תירוץ הראשון מיושב קושי' המל"מ שם על הר"א מטילא , מקושיית הש"ס מכות שם , דלישלמו ליה כולה משום דשביעית משמטתו , והם מיירי בשכירות מאי מקשה הש"ס , הלא שכירות אין משמט [משנה שביעית ריש פ' י'] , כיון דכל ההכרח שמיירי בשכירות הוא רק לאביי , אבל לשמואל דמשתמא חולק על אביי , [כיון דס"ל שיעבודא ל"ד , ועיין תוס' גיטין (דף נ') ד"ה כיון , ובפנ"י שם ובפנים בליקוטי הגהות והערות בדברי הש"ך סי' פ"ב] שוב אין לנו הכרח דאיירי בשכירות , ולא נותר לנו רק שהש"ס יתרץ דאיירי בשכירות , מוטב תירוצא דש"ס דאפי' במלוה מיירי , ובמלוה על המשכון :

[**ובעמדי** בעניינים אלו בפ' איזהו נשך אמרתי לבאר בלישנא דש"ס שם (דף ע"א

ע"א:) ערב למאן אלימא ערב לישראל והתנן וכו' אלא לעכו"ם וכיון דדינא דעכו"ם דאזיל בתר ערב איהו ניהו דקא שקיל מיניה רביתא, אמר ר"ש שקיבל עליו לדון בד"י, ופריך רבית נמי לא לשקול. ולכאורה אינו מובן נהי דקיבל עליו, זהו במאי שד"י חלוק ומשונה מדינא דעכו"ם, דהיינו לילך בתר ערב מקודם, אבל גבי רבית גם עפ"י ד"י מותר לו ליקח רבית, ולמה יגרע במה שקיבל עליו, ונראה דאיתא בב"ק (דף קי"ג) ישראל ועכו"ם שבאו לדין אומר לו כך דיננו, או כך דינכם עיי"ש. וממילא אם הנידון נוגע לשני פרטים יכול לומר על פרט זה כך דינכם ועל זה כך דיננו, וה"נ אם בא לתבוע את הלוה הרבית, אומרים לו כך דינכם דבתר ערבי אזלא, (הגם שקיבל עליו לדון בד"י, הלא גם זה דין ישראל דיכול לומר לו כך דינכם, דמסתמא גם התם קיבל עליו כיון דבאו לדין, ואפ"ה אומרים לו כך) וכיון דהערב הוי הלוה של העכו"ם, והישראל הלוה של הערב הוי איסור רבית, הגם דהישראל פורע מיד לעכו"ם מ"מ כיון דהישראל פורע הרבית על פי המלוה שלו הוי כאילו נתן ליד המלוה מדין ערב (כמ"ש תוס' שם ד"ה מאן), אמרינן לו כך דיננו דאסור ליקח רבית בשביל דכך דינכם ליזיל בתר ערבא הוי הערב הלוה שלו והישראל הלוה של הערב, ומן הערב עכו"ם להוציא דכך דיננו דלא ליזול בתר ערבא:

ואגב דעסיקנא בהון אזכיר מילתא דתמיהא שראיתי בחו"ד (סי' קס"א בביאורים סק"י) שחידש דהיכא שנתן לו חפץ ברבית והוזל דצריך לשלם לו כמו שהיה שוה בשעת נתינה, משום דהמלוה קונה את הרבית (והוא בשיטת הריטב"א הובא לעיל בסי' הקדוש א"ו) ודמי לגזילה אחר יאוש, שמחוייב הגזלן לשלם כמו שהיה שוה בעת גזילה, ולכאורה תמוהים מאד דבריו לפענ"ד בדינו ובסברתו, דבאסיפת זקנים ב"מ (דף ס"ה) תד"ה ארבעה, מביא את דברי הריטב"א בשם הרמב"ן בפירוש להיפוך, דהואיל דהמלוה קנה את הרבית הוי כבע"ח ומשלם כזולא דעכשיו, וכן לענין יוקרא [וביותר תמוה שהחו"ד בעצמו מביא (בס"ק הקדוש) את מ"ש האס"ז בדיבור הזה, וחלילה לומר שנעלם מעינו הגדולה להורות נגד פסקו של רבינו הרמב"ן במקומו], וגם בריטב"א קידושין (דף ו') מבואר דרק חוב עליו לשלם ולא דמי לגזילה, אם לא נחלק משום דדברי הרמב"ן הם על עובדא דהש"ס שם היכא דקצב לו זוזא דרביתא, ונתן לו בעדו ה' גריווא דחיטי, דעל החיטי בוודאי אין לו שם גזלן כיון דאינהו לאו ריבית הם, רק שקנה בעד הרבית, אמרינן כמו דיוכל לקנות אשה בעד מעות רבית ה"נ חפץ, רק שהוא נשאר בע"ח לשלם ומשלם כי השתא, והחו"ד דמיירי היכא דהחפץ עצמו קנץ לו ברבית, בזה י"ל דיש עליו דין גזלן שקנה הגזילה ביאוש, ועוד יש אתי בעניינים אלו ואכ"מ]:

בסימן יח

מ"ש [באות ג'] דיותר יש להקל ברואה מ"ת מכתמים, א"ל ע"ז מדברי תשו' חכ"ל [סי' מ"ו] וז"ל שם בתחילת התשובה, שהרי בכתמים הקלים וכו', וא"כ היאך תיסוק אדעתיה למימר ברואה ממש, יליבא באדעא עכ"ל, דכל כוונתו שם הוא רק לגבי נקיים דהוא חייבי כריתות ולא לרואה מ"ת דנאסרה לעולם, דהוא רק מדרבנן, והסו"ב [סי' מ"א] השיב באמת על החכ"ל דכוונת הרשב"א הוא רק לגבי רואה מ"ת שלא תאסר לעולם, והדר ביה מטעם אחר מחמת לשון הרשב"א יעו"ש:

בסימן יט

מ"ש [באות ב'] על קושיי' אחרונים דתהא מותרת מחמת סד"ר, בשלמא להפוסקים דגם לראשון ולשני מהני בדיקת שפופרת הטעם משום דאיכא לברורי, אבל לדעת רש"י ורמב"ם קשה, יש לעמוד ע"ז דהא הטעם דאיכא לברורי משום דלד שהאיסור נוכל לברר, ולמה נסמוך להקל מספק דילמא בעת הבירור נראה האיסור בוודאי, וה"נ כן הוא, דהאיסור איכא לברורי אם תמצא על ראש השפופרת, אם לא שנאמר דהקושיא קאי, דלמה הדין לדעת רש"י והרמב"ם באם בדקה ומצאה בצדדי השפופרת דאסורה לראשון או לשני הא הו"ל סד"ר, ול"ש לומר דאיכא לברורי ע"י בדיקה, כיון דמיירי בשבדקה ומצאה בצדדי השפופרת רק דאכן לא סמכינן על הבדיקה, זולת לשליפי משום עיגון, [וכעין זה העירותי לכאורה בהא דקי"ל (בסי' ל"ח) דלא סמכינן אקפילא עכו"ם, דבאיסור דרבנן וטעמו קפילא דיש להתיר מחמת ספיקא דרבנן, דכבר בררנו את הספק שטעמו קפילא ואמר שאין בו טעם], ועי' במ"מ [ספ"ד מהלכות א"ב] שכתב טעם אחר בשיטת הרמב"ם. ומ"ש בפנים [באות הנ"ל] וז"ל דיש להבין על הא גופא וכו' ובכ"מ אמרינן דחזקת דמים באין ממקור וחייבין על ביאת מקדש וכו' ה"נ נמי בכ"ד כיון דרובא דעלמא אינם רואים מ"ת וזו הואיל ואיפתנית וכו' עכ"ל, ולכאורה קשה דא"כ רואה מ"ת ונכנסה למקדש לא תתחייב, וגם קשי' על הא דאיתא במסכת נדה [ד' י"ד] נמצא על שלו טמאין וחייבין קרבן וכו', ואמאי הלא כיון דאישתנית אישתנית ונקוט לספק דדילמא דם לדדים הוא. ונראה דלק"מ דלענין זה דנחזיקנה לנדה אמרינן ונקטינן דדם זה הוא מן המקור והוא דם נדות, וגם אם לא היתה משמשת היתה רואה, שרק כיון דחז"ל חששו שזהו ווסת שתראה תמיד בשעת תשמיש, ע"כ ל"ל דחיישינן דילמא איפתנית היא משאר נשים, ע"כ חיישינן דילמא הוא מן הלדדים. ובעיקר הדבר שחידש האאמו"ר לתרץ בטעם לשבח, בהא דחיישינן לצדדים הואיל דאישתני, יש לעיין בזה, דהא מבואר ברמב"ם [פ"ו מהלכות יבום] ובש"ע אהע"ז [סי' קע"ב ס"ט] דטומטום שנקרע ונמצא זכר הולך רלה מיבים [וה"ה באשת טומטום כמ"ש האחרונים שם], הרי דלא קי"ל הא סברא הואיל ואישתני אישתני אפי' להחמיר באיסור כרת, דל"א שמא סריס חמה הוא והוי אשת אחיו שלא במקום מצוה [ש"ע ר"ס קע"ב וב"ש שם], ואיך נקל הכא בשביל זה, ואפ"ל דהתם הוי שני ענינים, דהוא טומטום, ובעבור זה נאמר לחוש דנשתנה בענין אחר ג"כ שהוא סריס, לכן ל"א לדידן, משא"כ הכא דאנו דנין על השינוי עצמו שנשתנה, מקומו איה איפוא הוא ומאין בא, אם מהמקור או מהצדדים, ע"כ יש לספק הואיל דנשתנה האשה שרואית מ"ת דילמא השינוי היה שילא מהצדדים, ובפנים הביא רק הראיה מש"ס בכורות, דאפי' בשני ענינים איכא פלוגתא בש"ס דנאמר הואיל ואישתני, ממילא הכא דמספקינן על השינוי עצמו מאיזה מקום הוא, מסתברא דאפי' לדידן אמרינן הואיל ואישתני:

בסימן כ

מ"ש האאמו"ר המחבר זללה"ה בתירוצו על קושי' (ג') בתוך הדברים, דבע"כ איירי כשראתה מ"ת בלא זמנים ידועים דבזמנים ידועים אינה נאסרת על בעלה, זה דעת המנ"י. אבל כל אחרונים חולקים עליו, וגם לדעתם יסבו בלכתן דברי האאמו"ר ז"ל, דטעמם הוא משום דאמרינן שרק התשמיש גורם ולא הזמן כמבואר בדבריהם, וא"כ גם בראתה מ"ת בזמנים ידועים הדר דינו לווסת דקפילה, [וא"כ איפשר דזהו שכתב דבזמנים ידועים אינה נאסרת על בעלה, ר"ל דאי תלינן בזמן לא נאסרה על בעלה לעולם, זולת בזמנים הידועים, רק דאסורה בשביל דאמרינן דמ"ת הוא, ע"כ נעקר בפ"א], ולפי"ז בראתה בזמנים ידועים ובדקה בשפופרת ולא מצאה דם כלל, נהי דמותרת לבעלה, אבל באותן הימים אסורה דהא מספקינן אולי גם הזמן גורם ודינו כווסת דהרכבה:

באות ג מה שהקשה על החו"ד דכתב דלראשון איכא ס"ס להחמיר, ולשני איכא ס"ס להקל, ועמד ע"ז מכח ממנ"פ, הוא בפשטא דאי מקילינן בחדא ספיקא למה לי ס"ס להקל לשני, ואי לא מקילינן רק בתרי ספיקי למה לן גבי ראשון ס"ס להחמיר, ע"כ דתלי' בזה דלשיטת רש"י ורמב"ם דאסורה בחד ספיקא מותרת לשני רק משום ס"ס, ולשיטת תוס' ופוסקים דמותרת בספק אחד אסורה לראשון משום ס"ס להחמיר, ותמה עליו דאין כאן ס"ס להחמיר, וגרע עוד מס"ס בשם אחד, והגם דאיכא נפקותא בין הספיקות, דאם מו"כ מן המקור אסורה גם לשני, ואם הוא מהמקור מחמת ווסת מותרת לשני, זהו היכא דאיכא בגדר ס"ס והחסרון הוא רק מחמת ש"א, אבל בכה"ג גרוע משם אחד, ועי' בש"ך [סי' ק"י בדיני ס"ס ס"ק י"ב] בדיני של מוהרא"י:

באות ו מה שחידש האאמו"ר זללה"ה דמש"ה ל"מ שאלה בחמש חטאות המתות, כיון דאתי הילכתא ואפקי' מטעות גמור מכ"ש מכעין טעות [כעין סברא זאת מצאתי בכ"מ (הלכות נדרים פ"ד ה"ה) שכתב בטעמו של הרמב"ם שם (ה"ז) דאין נשאלין על התמורה, משום דתמורה חייל גם בשוגג, שוב אין בה שאלה יעו"ש], ויש להעיר בזה מהמבואר במשנה ספ"ז דנזיר [ד' ל"ו:] דאין דנין ק"ו מהלכה, והאי נמי לכאורה הוי כעין ק"ו כמו דמלינו באחותו שהיא בת אביו ובת אמו [מכות ד' כ"ה:] אף דהיא בת אביו, ולמה ימעט העונש בשביל שהיא בת אמו ג"כ, עכ"ז אמרינן ביה אין עונשין מה"ד, וה"ה הכא. אך י"ל דהא דאין דנין ק"ו מהלכה הוא רק להוסיף על מה שכתוב בתורה בפירוש, וכ"כ בזית רענן ח"ר [יו"ד ה"י אות ה'], והכא כיון דכל היתר חכם ע"י פתח וחרטה הוי רק הלכה, כמ"ש הרמב"ם [פ"ו מהלכות שבועות ה"ב ובהלכות נדרים פ"ד הלכה ה"ז], וא"כ הוי הק"ו רק מהלכה על הלכה, דבכה"ג ל"מ התרה, ויותר נראה דזה לא הוי ק"ו רק גילוי מילתא, ויעויין מ"ש בתפארת ירושלים שבת [אות קי"ח] בזה:

שם [באות הנ"ל] מה שהקשה בש"ס תמורה [ד' י'] וכן קושייתו גבי יורש מימר, אין לחלק דע"כ לא אמרינן הואיל, רק דאנו דנין השתא על דבר שבידו לעשות כאילו כבר עשוי, דהיינו לעבור על בל ירא' בחלה ובהקדש, פסחים [ד' מ"ו:] ובתוס' שם ד"ה הואיל, וקושיית הר"ן

הר"ן פסחים בנכרי שהלוה דיעבור משום הואיל, כיון דאם ישאל ויפדה יעבור, השתא נמי עובר, וכן קושיית תשו' הרשב"א [סי' תשמ"ז] דלמה לא יצא באתרוג של תרומה טמאה הואיל וא"ב מיתשל עליה, כיון דאם ישאל יוצא י"ח בו השתא נמי יוצא, משא"כ גבי תמורה דאם ישאל בוודאי לא יעשה תמורה כיון דיהיה חולין, אך ז"א דהוי בידו לישאל ויקדישו ואז יהיה קרבן שלו ובוודאי יעשה תמורה, וגם תרי הואיל אמרינן, וכמ"ש הטעה"מ [פ"ו מהלכות חו"מ ה"ח ד"ה שוב אחר זמן] :

ועל מ"ש בפנים לתרץ דאכתי מש"ל דשווי' שליה להקדיש עד"ר, כל הרואה ישתומם, דהא מ"מ יש לומר דמש"ה אין השליח עושה תמורה משום דל"מ שאלתו, ומה יוסיף תת כח אם גם המשלחים א"י לשאול. ואחר העיון נראה לי, דהנה אם נאמר דהמתכפר אינו עושה תמורה רק המקדיש משום הואיל, והיכא דל"ש גביה הואיל תו אין המקדיש עושה תמורה, ממילא הדין בקרבן יחיד והקדיש ע"י שליח ג"כ אינו עושה שום אחד מהם תמורה, המקדיש אינו עושה דל"ש גביה הואיל כיון דאין הבהמה שלו, והמתכפר קיימינן השתא דאינו עושה תמורה, וזהו כוונת אאמו"ר נ"ע, דכן הוא פשיטות הש"ס דאם נאמר דהמקדיש לעולם עושה תמורה בין דשייך גביה הואיל או ל"ש גביה הואיל, קשיא ממתניתין תמורה [דף י"ג] דשתים ותנא דליבור ושותפין אין עושין תמורה, הא מלינו תמורה בהם כגון דשווי' שליח לאקדושי, ואם נאמר דהמקדיש אינו עושה תמורה רק משום הואיל, וניחא הא דשתם דליבור ושותפין אין עושין תמורה, א"כ קשיא רישא דמתניתין שם, דקתני שם במתניתין בסתמא דקרבן יחיד עושה תמורה, [ואין שום דבר המעכב זולת היכא דאיכא המניעה בקרבן כגון קדשי בד"ה או עופות ומנחות, כדאיתא התם], הלא משכחת לה דגם יחיד אינו עושה תמורה בדשוי' שליח לאקדושי, ואם נאמר דכל דיני תמורה הן במקדיש או במתכפר, הכל תלוי במי ששייך גבי' הואיל, ולכן בכה"ג מתכפר עושה תמורה משום דהוי מתכפר ויכול לשאול עליו, לכן הוסיף דמש"ל דקרבן יחיד אינו עושה בשוי' שליח עד"ר דגם על הקדש ל"מ שאלה בעד"ר כמ"ש הרמב"ן במלחמות ה' סוף ב"ב, [ועי' ש"ך חו"מ סי' רנ"ה סק"ו סד"ה ואי לאו], לכן הכריח הש"ס לפשוט דתמורה תלי' רק במתכפר, הן דשייך ביה הואיל או ל"ש ביה הואיל, [ולמען לא יכבד על הקורא נעים אנינה כי נריך להוסיף איזהו מלות בדברי אאמו"ר הבהירים, וכנ"ל דא"כ מש"ל (בקרבן יחיד דאינו עושה תמורה) בדשוי' שליח להקדיש עד"ר, וכך היה דרכו בקודש לקצר באמרים מאד, ואולי נמצא כן בכת"י הטהורה כי אין לפני רק העתק], וממילא דאין ראיה מהא דצריך קרא דיורש מימר, דל"מ שאלה ביורשים, דתמורה לא תלי' כלל בשאלה, ועי"ז מסיים דמסתימת הש"ס ופוסקים משמע דל"מ שאלת היורשים, [ולפמ"ש המח"א (ה' שלוחין סי' ז' בהגה"ה) בפירושא דש"ס תמורה דשוי' שליה להקדיש בהמה של השליח, מיושב עיקר קושיא הנ"ל] :

באות ט מה שתירץ את דברי הר"ן ריש פסחים, מצאתי כעת בסוף הגהות רבינו עקיבא איגר זללה"ה על יו"ד [ד' ס"ה] שכתב לו חתנו הרב ז"ל מענין זה, ושיבח הדברים, ומה שהעיר שם שזהו רק לשיטת רש"י, באמת כל דברי הר"ן בזה לתרץ שיטת רש"י. וראיתי בתשו' רע"א [סי' כ"ג תד"ה מה שכתב] שתירץ קושיא זאת, ועל זה לא קשה השגות שהשיג בפנים כאשר יראה המעיין. ובדברי התוי"ט ריש פסחים ד"ה בודקין, ע"כ כוונתו עפ"י מ"ש בתשו' רע"א, או איפשר דהתוי"ט מיירי בביטל בלב בלבד, לכן חוזר ע"י מחשבה אבל בביטל בדיבור אינו מועיל מחשבה לחזור אפי' בשעת ביטול משום דהוי דברים שבלב מכ"ש אחר הביטול, וראיתי שבעל אור חדש פירש כן בתוי"ט :

[**ועיקר** דברי רבינו התוי"ט תמוהים לי לפום רהיטא, דאם נאמר דיכול לחזור על ביטולו במחשבה לבד, למה מועיל הביטול מה"ת, ולא נאמר דיעבור מטעם הואיל וא"ב חזר מהביטול, וזה קל משאלה דבעי חרטה ובפני שלשה, ואפ"ה קי"ל כר"א דעובר בב"י על עיסת חלתו שהחמין משום הואיל וא"ב מיתשל עלה (טוש"ע סי' תנ"ז), והתוי"ט בעצמו פ"ג דפסחים מ"ג, מסיק כן בטעמא דר"א, וא"ל דע"ז גופיה אמרינן ג"כ סברתו של הר"ן ריש פסחים דסגי בגילוי דעת לבד, הגם דשייך ביה הואיל מ"מ אינו עובר, א"כ בהפרים עיסתו חלה שעתה באמת אינה שלו כלל דטו"ה א"מ למסקנא מי גרע מביטול, דמה לי ביטל חמץ קודם זמן איסורו, או ביטל לאחר ז"א קודם שנתחמץ, כמבואר בש"ס פסחים (דף ז') גבי מי שהיה יושב בבהמ"ד ונזכר שיש לי עיסה מגולגלת ומתירא שמא תחמיץ דמבטל ליה ביו"ט. וכעין זה אמרתי להביא ראיה דבהפקר ל"מ שאלה גם

לשיטת הרמב"ם (הלכות נדרים פ"ב הלכה י"ד) ובחו"מ (סי' רע"ג) דהפקר הוא מטעם נדר, וראיה מירושלמי הפקיר חמצו בי"ד אחר הפסח מהו, ר' יוחנן אמר אסור ריש לקיש אמר מותר, ר' יוחנן חייש להערמה, ריש לקיש לא חייש להערמה, הא אנן קי"ל כר"א דמשום הואיל וא"ב מיתשל עובר בבל יראה מדאורייתא, וא"כ לר"ל למה יהיה מותר לגמרי ולר"י הוא רק מחששא דהערמה, והיכא דליכא חשש הערמה מותר גם לדידן (כמבואר באחרונים), הא עבר עליה מה"ת, וממילא דלאחה"פ אסור כקושיית הר"ן גבי נכרי שהלוה, דלאחה"פ ג"כ יהיה אסור משום דישראל עבר עליה מחמת הואיל וא"ב פדי' ליה. וכ"כ הה"מ (פ"ד מהלכות חו"מ הלכה ה') בשיטת הרמב"ם, א"ו דל"מ שאלה בהפקר וכמ"ש הר"ן נדרים (דף פ"ה) ד"ה ואני. ודברי תוי"ט הנ"ל יש לייש' כיון דכל הביטול הוא מטעם גילוי דעת, דהביטול אינו מוציא מרשותו כלל, רק כיון דחמץ אינו ברשותו בהכי סגי, ולהכי הגם דשייך ביה הואיל וא"ב חוזר מביטולו, מ"מ השתא דאינו חוזר אינו עובר, אבל גבי הפרים עיסתו חלה אין לומר דיועיל במקום ביטול, כיון דהביטול צריך שיהיה שאינו חפץ בו, וככתוב בהרמב"ם (רפ"ב מהלכות חו"מ) שיחשוב אותו כעפר וכו' וכדבר שאין בו צורך כלל, והרי הפרישו לחלה ויש צורך בו, וכל הגילוי דעת היה רק בעת הפרשה, ואז אדרבה מחשבהו לצורכו ואינו מועיל מחמת ביטול, רק דנימא דאינו שלו כיון דנתנו לכהנים, ועל זה שייכים הטעמים דמבואר בש"ס דעודנו שלו דט"ה ממון, או מטעם הואיל, ועי' בתשו' מ"ב מובא במג"א (סי' תמ"ה סק"ד) דס"ל דגם היכא שמכר בקנין שאינו מועיל, מ"מ אינו עובר דהוי גילוי דעת, ולדברינו הנ"ל נ"ל דהתוי"ט חולק בזה על המ"ב] :

ומ"ש בפנים להשיג על סברת השואל, אין להקשות ממה שכתוב בפנים [סי' ל"ד אות ב'] לתרץ דברי החכ"ל יעוי"ש היטב, דהתם כיון דגם דבריו אשר דיבר בפירוש הקידושין מיתלא תלי' הקיום במילתא קליתא בראיית ושמיעת העדים, לכן גם דברים שבלב יש להם כח לבטלו, משא"כ הכא הוא להיפוך דנתקיים גם במחשבה, ואיך נאמר אם דיבר הביטול בפיו ושפתיו, דאלמוה למילתא דיש כח בדברים שבלב לבטלו :

והגה מ"ש בפנים [בתחילת אות הנ"ל] דבהיתר נדרים הגם שהוא באמת אינו מתחרט רק שאמר בפיו שהוא מתחרט סגי בכך, לכאורה קשה ע"ז מש"ע [סי' רכ"ח ס"ד] דמבואר להדיא דאם הוא משקר לחכם אין התרתו כלום, ושם [בסעיף ז'] וזה לשונו ויזהר הנודר שלא יאמר שמתחרט מעיקרו אלא אם כן הוא ברור לו שהיה רוצה שלא נדר מעולם שאם לא כן אין ההתרה התרה והוא באיסור נדר כל ימיו עכ"ל, [ועי' בנודע ביהודה מהד"ת חלק יו"ד סי' קנ"ד תד"ה עד כאן האריכתי], אבל מה שכתוב בפנים הוא רק לגבי ב"ד או לאיכא אחריתא, אשר אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, וכיון דלפני עיני הדיין הוא מתחרט אין לו לחפש אחרי כוונות נעלמות, ומש"ה גם בקרבן או גבי הבא לי מן החלון אע"פ שאמר בעה"ב לא היה בלבי אלא על זה מעל ומביא קרבן מעילה לשמים משום דהוי דברים שבלב [קידושין דף נ'.], אבל הנודר בעצמו שהוא יודע שלא היה בלבו להתחרט הרי הוא בנדר כל ימיו :

[הגה"ה היתר נדרים שאנו מתירים. ידוע לכל שאינו מועיל אלא בנדר שבינו לבין עצמו. כגון אוכל ולא אוכל. אבל בנדר שבין אדם לחבירו אינו מועיל לעולם] :

בסי' כב כתב אאמו"ר המחבר ז"ל [באות ד' ה'] לפרש היטב הסו"ע דש"ס נדרים [דף כ"ט] אי תרומה מיקרי דשיל"מ, ובתוס"ד כתב דמש"ה מיקרי נדרים דשיל"מ, משום דמסתמא יחזור אחר פתח וחרטה, כיון דהוא מצוה לאיתשולי, וכן מוכרח מלשון הר"ן ורש"י בנדרים שם, לכאורה קשה ע"ז מתוס' גיטין [דף ל"ג] תד"ה ואפקעינהו, שכתבו דמש"ה ל"ה בנזיר התראת ספק, משום דמוקמינן על חזקה דמעיקרא דלא ישאל על נזירותו [וגם מדלוקין על לאו דקונם נ"ל תירוצו של תוס'], הרי דמחזקינן דבוודאי לא ישאל, ויש לומר דהא דמצוה לשאול הוא רק מחמת זהירות שלא יכשל באיסור נדרים כמבואר בהרמב"ם סוף הלכות נדרים [ועי' בתשו' מהרי"ק (שורש כ"ב) שכתב דמש"ה נדר עד"ר אין לו התרה אם אין ההתרה לדבר מצוה, ולא אמרינן דזה בעצמו הוי המצוה דכל המקיימו וכו', היינו משום דהמצוה הזאת הוא רק בכדי שלא יכשל כמבואר בהרמב"ם הנ"ל, וכיון שאין המצוה מעצם הדבר הנדור תו ליכא אומדנא דרבים יתרצו בהתרתו], וזהו בסתם בני אדם, אבל מי שכבר עבר במזיד וקיבל עליו התראה, הנאמר באיש הזה דבוודאי ישאל כדי שלא יכשל מכאן ולהבא, הא מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו הרעים להיפוך, ולכן מוקמינן אחזקה דבוודאי לא ישאל, [רק דנימא דישאל בשביל שלא ילקה, עיין במהרש"א ובמפרשים שם], ובזה מובנים

דברי

דברי הירושלמי מס' נדרים (פ"ו הלכה ד') מובא בר"ן (נ"ב) אלין נדרים מה את עביד להון כדבר שיש לו מתירין או כדבר שאין לו מתירין, מסתברא מעבדינון כדבר שיל"מ דתנינן תמן שהזקן עוקר את הנדר מעיקרו, אמרו אינו עוקרו אלא מיכן ולהבא עכ"ל, וקשה דמה שייכות דינא דישל"מ אם עוקרו למפרע או להבא, הלא בכל דבר שיל"מ ביצה שנולדה ביו"ט וכיוצא אין ההיתר רק לאח"כ, [ואין לפני ממפרשי ירושלמי זולת פי' הפני משה והוא פירש כפי' הרא"ש וכפי גרסתו שהוא גורס להיפוך מסתברא מי עבדינון כדשיל"מ כיון דזקן עוקר הנדר מעיקרו, וכמ"ש בפסקי הרא"ש בנדרים שם וע"ש בפ"מ וצ"ל מסתברא דנעשה אותו כדבר שאין לו מתירין], ולהנ"ל ניחא דנסתפק הירושלמי אי נדרים הוי כדשיל"מ משום דצריך פתח וחרטה ואולי לא ימצא, ומחמת דהוי מצוה בשאלה, ג"כ אפ"ל דע"ז גופי' מוקמינן אחזקה, כיון דעד השתא לא מהדר לישאל על נדרו ולקיים המצוה, גם עתה לא ישאל, ומסיק הירושלמי דהוי דשיל"מ משום המצוה, והא דהיתר בהמצוה עד עתה, משום דזהו אינו מצוה בעצמותו רק כדי שלא יכשל באיסור נדר [וכדאיתא ברמב"ם הנ"ל], על כן חושב בתמיד הוא זמנו, מפני שהזקן עוקר נדרו מעיקרו, ולכן גם אם יכשל בשוגג, דהיתרו של חכם יתברר דלא עבד איסורא כלל, וזהו בהם בני ישראל דמחזקינן להו בחז"כ, שבוודאי ישמרו עצמם שלא יעברו במזיד, רק מיראת מכשול בשוגג סמכו על מה שיתירו אח"כ ויעקר הנדר, אבל במי שעבר במזיד וקיבל על עצמו התראה כיון דעבר בזדון והעון בנפשו ולא שאל על נדרו מקודם, בוודאי לא יהא נזהר בנפשו מבלי ליכשל עוד ואוקמינן על חזקה שלא ישאל בנדרו, וכמ"ש התוס' גיטין, [ובעיקר הדבר הכתוב בפנים כאן ובזי"ר ה"א דלא מיקרי דשיל"מ רק אם יהי' לו מתירין גם אם נימא דבטל, ובלא"ה ל"מ דשיל"מ יש להעיר עוד בזה, ובהשמטות וביאורים לזי"ר ה"א נדבר אי"ה מזה, יזכני ד' להוציא לאורה במהרה]:

בסימן כג [אות ו'] מפלפל אי דומה למקום שנמדד ונמצא חסר, והנה דהכא ל"ה חסר ואתי, וכמ"ש תוס' ריש נדה גבי נגע, ובחולין (דף יוד) בסכין שנמצאת פגומה, זה אינו דהתם דוקא היכא דאיכא חזקה כנגדה, חזקת נגע שהי' כשיעור, וחזקת סכין, משא"כ הכא דאין חזקה כנגדה: ומה שחילק [שם] בחזקה שנתחזקה בטעות, אין להשיב ע"ז מדברי ר"י בר ברוך, [מובא בתוס' כתובות (כו:) תד"ה אנן] דהיכא דבאו עדים ונתחזקה לפנינו על פיהם, אזלינן בתר חזקה הזאת, גם אם באו עדים אחרים להכחישם, דזהו דווקא התם היכא שנתחזק עפ"י ב' עדים, וכמ"ש בזי"ר א"ר [א' יו"ד סוף ה"ב בהשמטה] יעו"ש, וגם ע"ז פליג הר"י בעל התוספות:

באות יג לבאר היטב דברי תוס' ב"ק גבי אדעתי' דאריה אפקרי', דגבי מציל מן הארי נולד הוא ולא משוי לי' בטעותא למפרע, הגם דבנדר אם בעצמו מתחרט אפי' שהוא ע"י נולד מתירין לו, כמ"ש בש"ע יו"ד (סי' רכ"ח סעי' י"ג) ברמ"א, זהו משום דנדר קילא דהא מהני בי' שאלה ומשוי לי' טעותא, ובקנין מקח וממכר לא מהני טעותא כזה שע"י שאלה [ועמ"ש בזה בליקוטי הגהות והערות בענין מתנה עמ"ל], רק לדמיון הביא בפנים הא דאין פותחין בנולד, דאפי' בנדרים דקילא לענין זה דפתחינן לי' לשאלה לו טעות, ובנולד לא פתחינן לי' משום דמחזקינן דע"י נולד לא נתחרט מעיקרא, וממילא בקנין ובהפקר דל"מ שאלה, כמ"ש הר"ן נדרים (פ"ה) ד"ה ואני, [ועמ"ש בה"ס כ"ב], בוודאי אינו מועיל גם אי חוזר בפירוש ע"י נולד:

בסימן כד בעיקר השאלה אני נבוך, הלא ממקומו הוא מבואר בפירוש בש"ך (ר"ס רע"ו) בשם הרמ"א, דבדיעבד כשר, ואפשר דהמעתיק דילג, והמעשה הי' אשר גם בתחילת הכתיבה לא אמר בפירוש, ובכל הספר בוודאי כשר בדיעבד, וכמ"ש הבני יונה בפירוש (ר"ס רע"ד), ובהה"ג לא נלמוד הכבירו מש"ך הנ"ל, דמקורו מרמ"א (סי' ל"ב), ולשון הרמ"א (שם סעי' י"ט) דבדיעבד כשר הואיל והוציא בתחילת כתיבת הש"ת בפיו, הרי דדווקא היכא דהוציא בתחילתו בפירוש בפיו: ומ"ש בפנים [באות א] דמותר בהעברת קולמוס ע"י ס"ס, יש להעיר בזה עפ"י המבואר ברמ"א יו"ד (סי' ק"י ס"ט) ובמג"א (סי' תל"ט סק"ג), וה"נ הרי ב' הספיקות לא נולדו ביחד, דקודם העברת קולמוס הוי רק ספק אחד, ועוד היאך רשאי לעשות ס"ס לכתחילה, ונראה דהס"ס הוא רק לעדופי מילתא וכמ"ש בפנים, דלהרבה פוסקים כשר במחשבה לחוד, ועוד כיון דבוודאי יתקן משום דאל תשכן באהליך עולה (ש"ע סי' רע"ע) הוי כנולדו ביחד:

בסי' כה מ"ש [באות ב'] דדומה להאומר רגלה של זו עולה כולה עולה, וקרנה ש"ז עולה ל"א כלל, עיין ש"ס תמורה (יא:) דהחילוק הוא לדידן רק בדבר שהנשמה תלויה בו, וגם בדבר שאין הנשמה ת"ב תמכר לצרכי עולות ודמי' חולין חוץ מדמי אותו אבר, וכ"פ הרמב"ם (פט"ו מה' מעה"ק ה"ב), ואולי הראי' הוא מערכין דאיתא שם במשנה (דף כ) ערך ידי וערך רגלי עלי לא אמר כלום ערך ראשי וערך כבדי עלי נותן ערך כולו, זה הכלל דבר שהנשמה תלוי' בו נותן ערך כולו, וכן הלכה ברמב"ם (רפ"ב מה' ערכין), הרי דאם אמר ערך ראשי דנותן ערך כולו, וגם ערך רגלו הוא בכלל, ואפ"ה אם העריך רגלו, כיון דנלמד מקרא דאין ערך לאיברים [שם ד' ד'] ל"א דחייב בערך כולו משום דבפני עצמו לא חייב בערך איברים:

באות ג מ"ש לתרץ דברי רש"י גיטין, משום דמע"ש הוי קדושה הבאה מאילי', יש לעמוד ע"ז הלא מ"מ הוא רק ע"י הפרשתו, ועיי' במס' מע"ש (פ"ג מ"ו) פירות שנגמרו מלאכתן ועברו בתוך ירושלים, יחזור מע"ש שלהם ויאכלו בירושלים, הרי אע"ג דהיו בטבלן, מ"מ חלה עליהן קדושת מע"ש שיקלטו מחיצות ירושלים את המע"ש שעתיד לפרוש, משום דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי, א"כ חזינן בשביל דתורה חייבה במע"ש חלה קדושה מאילי' גם בלא הפרשתו, והה"ד על פחות מש"פ, וי"ל, ועוד איפשר עפ"י דברי רש"י יבמות (פ"ו) ד"ה מה, שגבי טבל אמרינן דיש בה תרומה ומעשר, ויעוי' בתוס' שם, וכ"מ קצת ברש"י ברכות (מ"ז:) ד"ה הא אידגן יעו"ש:

באות ד מ"ש דדינא דחזקי' תלי' בברירה, עפ"י ד' שמ"ק ב"מ, קשה לי מאד לפענ"ד, דע"כ לא אשכחן דינא דברירה, רק היכא שצריך שיבורר הדבר, בהחלות המעשה שעושה, כגון בשני לוגין על קריאת שם תרומה שקורא, ולאיזה שתלא מפתח תחילה, על כתיבת הגט לשמה, וכה"ג שמצאנו דין ברירה, אבל הכא הוא להיפוך, דהברירה הוא שהמותר יהי' חולין כמקדם, ואדרבה אם אמרינן דא"ב, אינו חל לעולם מע"ש על מותר המעות, אפי' אם לא יהי' לו מע"ש פחות מש"פ, וכמו דאמרינן בכל דוכתי, דהתרומה והגט וכיוצא, לעולם אינו חל, גם שנתברר לבסוף, [וע' רש"י חולין (י"ד) ד"ה אוסרין ורש"י גיטין (ע"ג) ד"ה ומפני דמשמע דה"ל דגם כענין זה תליא בברירה ובתוס' שם ד"ה תנא היגיו]:

ובפשטות יש להסביר כוונת אאמו"ר זללה"ה, דע"כ לא אחזינן כללא דברירה בהדין אנפי, שהדבר יקום כאשר הי' מקדם, רק באם תלה חלות הדבר, כאשר יתברר אח"כ, יועיל שיחול מהשתא, כגון בשני לוגין, ולאיזה שתלא מפ"ת, וכל שילקטו עניים יהי' הפקר, וכיוצא, דהפרשה, או איזה שתלא, ואם ילקטו עניים אח"כ, יועיל לחזק שיחול מעכשיו, ע"ז אמרינן דאין ברירה, אבל במעות מע"ש אמדינן כוונתו אשר רוצה שיחול על כולה מעכשיו, וכאשר חילל בלי שום תנאי, רק באם יהי' לו מע"ש שאין בו ש"פ אזי במחשבתו שיתבטל למפרע הקריאת שם מע"ש מן המותר, לכן נקטינן להיפוך, דהמעשה אשר קרא שם מע"ש על כל המעות כן יקום, ומה שבדעתו הי' שיבטל אם יהי' לו זה תלי' בברירה, וכיון דא"ב משום שאינו עומד להתברר, כמ"ש תוס' גיטין (כ"ה:) ד"ה ר"י בשני לוגין, וה"נ דשמא במשך הזמן שיהי' לו עוד ממעות המע"ש, לא לו יהיה מע"ש כלל, ואפי' אם יהי' לו, שמא יהי' יותר מש"פ, לכן אינו מתבטל שם המע"ש מהמעות, גם לו לו יהי' מע"ש שאין בו ש"פ, והקיום קריאת שם עומד להתברר כמובן, [ולאשר אין עסקי כעת בשמעתתא דברירה, לא רציתי להשתרע בחילוקים שונים שישנם במו פי עוד בזה]:

בסימן כו מ"ש אאמו"ר זללה"ה [באות ג'] לתמוה ע"ד בתי כהונה, יש ליישב דדוקא ל"ת ועשה דטומאת כהנים דהוי אינו שוה בכל, נדחו מפני כבודן של צדיקים, אבל לא בלאו ועשה דולא יטמאו את מחניהם, וישלחו מן המחנה דהוי שוה בכל, ועיי' תוס' ברכות (כ.) סד"ה שב וא"ת, דגבי מת מצוה כבוד הבריות דוחה טומאת כהנים, אף דהוי קום ועשה, משום דהוא לאו שאין שוה בכל, ולשיטת רש"י שם הוא מטעם אחר, וכ"כ בנ"ב מהד"ק (א' או"ח סי' ל"ה כד"ה מכתבו) בשיטת רש"י אך מ"מ אשכחן בריש יבמות (בסוגי' דעלי'), דלאו שאינו שוה בכל קל משוה בכל:

באות ה מ"ש דגם הראב"ד מודה דיש איסור תורה בטומאת כהנים גם בזה"ז, וראי' מאבידה בב"ק, אין להשיב ע"ז, דהתם הטעם משום דמי דאינן איסורא מקמי ממונא, כמו שהקשה הש"ס ב"מ

ב"מ (למד) ותוס' שם, וביבמות (ס') ד"ה ואכתי, דעיקר קושיית הש"ס הוא מחמת זה, ובאסיפת זקנים שם ביאר זאת בשם הרמב"ן והרשב"א דכיון דאפי' בעל אבידה כהן אינו רשאי להטמא בה היאך יטמא זה בשבילה, והרי אם באו בעלים ואומרים, לא בעי' לה, ליתא לעשה כלל וכו', שהרי חייב הוא לומר כן כדי שלא יטמא כהן שהיכן חייבין בכבודו של מקום וכו', דכל שבשלו אינו רשאי, בשל חבירו נמי אינו רשאי עכ"ל הצריך לענייננו יעוי"ש, וזהו באיסור דאורייתא, אבל באיסור דרבנן מצינו דהתירו חכמינו לפעמים משום הפסד ממון [ואפי' במלאכת יו"ט ושבת דחמירא, גבי בהמה מסוכנת התירו לשחוט אם יש שהות לאכול כזית צלי מבע"י אע"ג דלא בעי למיכל (פסחים מ"ו:), דגם לרבה דאמרינן הואיל מ"מ הוי איסור דרבנן, ורק משום הפסד ממונו התירו, וכ"מ לישנא דש"ס שם שהקשה, ומשום הפסד ממונו שרינן איסורא דאורייתא, ובש"ע או"ח (סי' תנ"ח ס"ו) ורמ"א ומו"ז שם, ובמג"א (סי' רש"ו ס"ק י"ד), ועוד בכמה דוכתי, ומסתברא דגם משום הפסד דאחרים התירו לו, דבהמה מסוכנת הותר בוודאי אפי' השוחט אינו בעל הבהמה] וגם בטומאת כהנים מבואר בש"ע (ר"ס שע"ב) והוא מש"ס ע"ז (י"ג) דמותר להטמאות בטומאה של דבריהם להציל ממונו, וממילא באבידה דאיכא מ"ע ול"ת להציל חבירו מהפסד דמותר לו לעבור על איסור דרבנן, ובפרט היכא דאבידה שוה הרבה דהוי הפסד מרובה, דהותר לו גם בשבות דשבת כמבואר במג"א הנ"ל, א"ו דהראב"ד מודה דאסור מן התורה, ועוד יש לגמגם בזה, דלכן מותר התם בטומאה דרבנן משום דלפי דנקטינן השתא דכל טומאת כהנים בזה"ז הוא רק מדרבנן, ממילא בטומאת בית הפרס הוי תרי דרבנן, ועיין תוס' חולין (ד':) סד"ה מותר, דגם בתרי דרבנן מקודשת רק לחומרא, וה"ד הכא דלא ניקל מחמת תרי דרבנן, ובגוף הדבר מבואר בדגול מרבבה שם ובאחרונים דלהראב"ד הוא ג"כ איסור מן התורה, וכ"מ פשטא דלישנא דש"ס ע"ז שם דפריך בביה"ק ס"ד טומאה דאורייתא הוא, ומסתמא דבזה"ז איירי :

בחלק אבן העזר

מ"ש אאמו"ר המחבר ז"ל [בסי' כ"ז באות ח] לחלק דבקרקע אמרי' דנכנס לרשותו ע"י באין כא' אבל לא במטלטלין, עיין בקצוה"ח (ס"ס ל"ז) שכתב כן דמועיל בקרקע, ובמטלטלין דאין מועיל כזה, יש לכאורה להביא עוד ראיה מהא דאיתא בש"ס ב"ק (ס"ח:) דלנוטין אם הקדישו בעלים ביד גנב הוי חזרה קרן לבעלים, וכתב באסיפת זקנים שם, דכשהקדישו הבעלים הוי כאילו לקחו מבית גנב ומסרו להקדש, שאע"פ שלא מסרו כמי שמסרו דמי עכ"ל, וא"כ לרבי יוחנן ולדידן דפסקינן כוותיה למה לא מהני הקדישו של הנגזל קודם יאוש משום דאינו ברשותו, הא אם יועיל הקדישו יהיה ברשותו דהוי חזרה קרן לבעלים, ולמה לא נאמר דבאין כאחד, אלא וודאי משום דהוי שלא מדעת הגזלן, ולכן לר"י ולדידן, דהא דאינו ברשותו הוי דבר החוצן לבעלים הראשונים שא"י להקנות ולהקדיש בעבור זה, הה"ד שאינו חוזר לרשותם רק מדעת הגזלן שרצונו להחזיר :

בסימן כח מ"ש בפנים ואין לומר דאכתי יש לחוש, דילמא בשני שנים הראשונים היה ברצון ולבסוף באונס, לכאורה אין שום הבנה לזה, אך כוונתו דאאמו"ר זללה"ה כן הוא, והוא עפ"י מ"ש אחר זה, דהשיעור לזה הוא שלשה שנים, וממילא דלא פלוג רבנן בתקנתן, כמו באם לא באה ברצון בעינן שלשה שנים, הה"ד דהא דמחזקינן כיון שנמשך לה האונס זמן מרובה לעולם לא יפסוק, רק בג' שנים הוא דמחזקינן, וכיון דכן לעולם יש לחוש, דבשני שנים הראשונים היה ברצון ובשנה השלישית שלא באה היה מחמת אונס, ואח"כ נפסק האונס, ובעינן שלשה שנים מחמת רצון מחדש ושוב בשלשה שנים הביים ג"כ כן היה ב' השנים ברצון ושנה השלישית באונס, וכמו כן חוזר חלילה לעולם בחשש כזה, ע"ז כתב עפ"י דברי רמ"א, [ובנ"ד גם בלא דברי רמ"א יש לומר, דמיד בעת פסיקת האונס נחשב שנה שלא באה ברצון עם השנים הקודמים, ומה לנו בהפסקת אונס בינייהו, אך לעדופי מילתא דסגי בשלשה שנים לבד, כתב עפ"י שיטת הרמ"א, כיון דיכולה לבוא מקודם ומחוייבת לשוב אצל בית אישה, וממילא מובן דאין לחוש להיפוך שמא תחילתה באונס וסופה ברצון, דמיד שנפסק האונס הוי לה לבוא, כיון שעזבה אותו זמן מרובה], וידע המעיין כי איננו חסר בפנים למלאות הכוונה כזאת רק כשלשה מלות, המוסגרים כה, וכצ"ל דאכתי יש לחוש [לעולם] דילמא [בכל] בני שנים הראשונים היה ברצון [ובשנה הג'] באונס, וכמדומה לי אשר עת הייתי חוסה בצל חכמתו, אמר בפירוש כן, בעת עריכות התשובה הלז, ואולי מטעות המעתיק נעדרו מהעלותם עלי לוח :

גם מ"ש דהשיעור הוא שלשה שנים, אפשר כיון דמבואר ברמ"א [סי' עז] דמורדת אחר י"ב חדש מותר לישא אחרת, ומן הסברא דבעינן שתדע מזה אולי תנחם על מעשיה הרעים שמורדת בבעלה, והידיעה לזה שנה, דאולי הלכה במרחק מאד, כמו בחזקה, ותשוב לביתו שנה :

בסימן לא מ"ש אאמו"ר זללה"ה להוכיח מהרמב"ם הלכות נחלות, דהוא חשש מה"ת כיון דספק בדרבנן ל"ת, [וא"ל דזהו דווקא היכא דחז"ל אסרו משום גזירה, אבל לא במקום דחששו לאיסור דאורייתא באותו דבר עצמו, ועי' תוס' יבמות קי"ד ד"ה אמר בתירוצם השני, ובדברי הפוסקים בגבינות של עכו"ם דהחמירו בו בספיקו משה"ש, ז"א דמבואר בב"ש אהע"ז סי' קמ"ב סק"ד דלדעת הרמב"ם גם בקיום אב נשאת ל"ת הרי דלהרמב"ם אין חילוק בזה], וכן נראה מרמב"ם דס"ל דהוא חשש מה"ת דבפ' י"ג מה"ג ה"כ הביא דין דמשאל"ם דאם נשאת ל"ת והוסיף שאבד זכרו, ובמ"מ שם דאין חילוק בזה בין ע"א לשנים :

באות ב בראייתו משבלונות, לכאורה כוונתו במה שכתב דלרש"י להיפך היינו במאי דכתבו הפוסקים דלשיטת תוס' איכא נפקותא לחומרא ולקולא, ובהיפך הוא לרש"י, וכמ"ש הב"ש (ר"ס מ"ה), וגם זה כתב רי"ו בשם הרמ"ה, דמחמרינן לשיטת רש"י גם במיעוט מקדשי והדר משבלי, וכן מסיק הב"ש שם (ס"ק ד'), א"כ בוודאי ברובא מקדשי והמ"ש חייבינן מדאורייתא, ובפרט דבתשו' מהרי"ק מובא בחמ"ח שם (ס"ק ז') דברובא מקדשי והמ"ש אם נשאת תצא הרי דהוי חשש דאורייתא דבדרבנן אם נשאת ל"ת, וכמ"ש בפנים (באות א') דעת הרמב"ם, וכ"פ בש"ע אהע"ז (סי' ק"נ ס"א) אפי' בגט דאיכא חזקת א"א, ומכ"ש בקידושין דהז"פ מסייע לקולא, הרי דרוב חמיר מע"א, והא דאפי' במחלה על מחלה הלא כמ"ש בחמ"ח שם, ול"מ אהז"פ, עי' בתשובת מהרי"ק (שורש ק"ע) שמביא תשובת מהר"מ מרוטנבערג שיש להחמיר בשבלונות אפי' במיעוט, דבין מיעוטא לפלגא או רובא עבידי אינשי דטעו, והמהרי"ק תמה עליו דבכל התורה אזלינן בתר רובא, אבל מ"מ י"ל שהחמירו במחלה ע"מ שתלא בשביל סברא זאת דבין פלגא או רובא מצוי לטעות במנהג שבלונות, דאם א' מהן יותר דמקדשי והמ"ש, הוי רובא לחומרא :

באות ד בתירוצו על קושי' הר"ן בסנהדרין, הוא, דבש"ס חולין נלמד דאזלינן בתר רובא, רק היכא דדנין על איש ידוע כגון ברולא ודכוותיה דמספקינן אם הוא מן הרוב או לא, וגם ליכא ריעותא כלל, אבל גבי בן סורר ומורה, עוד יש מקום לספק בזה, כיון דאיכא מיעוט נשים בעולם שיולדות לשבעה, א"כ ממילא ראוי לקרותו אב, אם יקח אשה כזאת, ובתרי ותילתא כגי, והה"ד היכא דיש ריעותא לא ניזול בת"ר, לכן פשיט הש"ס מעדים דגם בדאיכא ריעותא אזלינן בת"ר, דהא היכא הכחשת עדים לפנינו רק דמתרצינן משום רובא, הרי דרובא אלים אפי' בכה"ג, לכן אמרינן ג"כ בבן סו"מ דבוודאי יקרה לפניו אשה שהיא מן הרוב :

באות ה יש בו קיצור דברים, ולפענ"ד נראה כוונתו, דעל המשנה דיבמות ל"ק דלמה ל"א דיורש את הראשון מחמת רוב דלט' יולדות, [לשיטת תוס' ב"ק ויבמות בוודאי ניחא משום מיעוט דלשבעה והז"מ מרעי לרוב], ולשיטת תוספות סנהדרין הטעם משום דאיכא כנגדו רובא דניכר לשלים ימיה והז"מ [ול"מ היכא דנשאת לאחר וכפשטא דמתני' בם שלא צריכה ליבם כלל, הוו אינהו וודאי משום דיורשי ראשון הם בוודאי קרובים והוא ס', ואפי' אם נתיבמה, ע"כ איירי דהסבא אינו חי כמ"ש הרא"ש (המובא בפנים בסוף האות הנ"ל), ומש"ה הוי היבם וודאי דכח ירושתו מחמת דהוא אחיו בזה אין ס' כלל, וזהו שיטת הרא"ש הנזכר דהיכא דליתא לסבא היבם יורש הכל, וס"ל דהא דש' ויבם בנכסי סבא חולקים (ש"ס יבמות ל"ז:), זהו דווקא באם הסבא חי, דאז לא הוי היבם וודאי ולא מקרי מוחזק, וה"ל דלמה יהא הדין בש' ויבם דיחלוקו, ול"א דהכל לספק, משום רוב דלט' יולדות דאלים, ורובא דניכר לשלים ימיה קליפא, וחז"מ לא מסייע ליה כמ"ש הרא"ש שם, יש לומר משום דחזקת זקוקה ליבם מסייע ליה לרוב דניכר לשלים ימי', (ומרעי לרוב דלט' יולדות דאלים ולכן הדין דיחלוקו כיון דהוי פלגא ופלגא), משום דכל הס' אשר עליו מי אביו, נצמח מאמו, אם נתעברה מראשון או משני, ומספ"ל אם היא מן הרוב דלט' יולדות או מהרוב דניכר לשלים ימים, ועליה איכא חזקת זקוקה ליבם דמנגד לרוב דלט' יולדות,

ועיין

ועיין בתוס' יבמות (ל':) בד"ה אשה, דאפילו נגירש ואח"כ כנס, הוא בחזקת היתר לשוק משום דמוקמינן הפנויה בחזקת שלא נתגרשה, הרי כיון דכל ספיקה נצמח מהפנויה, נתחזקה בחזקת הא"א של הפנויה, הגם דחזקת א"א של הפנויה שהוא הקנין שיש לבעל על אשתו והאיסור שנאסרה אכ"ע זולת הבעל, לא שייך בגרה כלל, מ"מ כיון דהס' נובע ממנה מחזקינן בחזקתה, ומכ"ש הכא דהספק הוא על ראשית הווייתו מאין בא, דאטו דנין אותו בתר חזקת אמו], ואין להקשות מחמת הרוב דלט' יולדות דאלים הוי הוא המוחזק, ז"א דלעולם אנו דנין מי הוא הוודאי וזה המוחזק, ויורשי ראשון הוו וודאי, אבל זה ספק, הגם דהרוב מסייע ליה דמהראשון הוא, מ"מ ל"ה וודאי, כמ"ש הש"מ ב"מ [ו':] בקפץ א' מן המנויין דרוב ל"ה וודאי, ורק מחמת הרוב אתה בא להוציא מחזקה הראשונה:

אבל זה קשה לשיטתם דלמה לא יירש את השני משום דמיעוט דיולדות לז' בצירוף חזקת זקוקה ליבם [של אמו, דמסייע ליה כהנ"ל, ואפילו אם אינה זקוקה ליבם, מ"מ אפ"ל דהרי אמו בחזקת שלא ילדה ונימא דהשינוי היה אח"כ ונתעברה רק מהשני] מרעי ליה לרוב דלט' רק דמוקמינן אחזקת ממון משום דהס וודאי, שוב יבוא הספק להוציא מחמת רוב דעוברה ניכר לשליש ימיה, והא דאין הולכין בממון אחר הרוב, הוא משום חז"מ דסמוך מיעוטא לחזקה, אבל הכא כבר נרפא החז"מ לנגד המיעוט דיולדות לז' בצירוף החזקת זקוקה ליבם [ומ"ש בפנים שכבר נרפא את הז"מ בהדי המיעוט, רצונו לעומת המיעוט], ושוב א"א לנרפו פעמיים, [כמ"ש תוס' כתובות (ע"ו.) תד"ה חדא], והוא כמו שהקשה תוס' בעצמו (ביבמות ל"ז) על אשה תלוי: ומ"ש בפנים לעיין בבעה"מ ורמב"ן כתובות דהאפי' ברוב וחזקה מוציאין ממון ובפרט הכא דגם מיעוטא מסייע ליה לרובא וחזקה, הגם דהתם אינו נגד רובא, רק עיקר הראיה הוא כיון דכבר נרפא החז"מ להורע את חזה"ג שוב מועיל הרוב, הה"ד הכא, [וא"ל גם לפי אידולא דש"ס שם דרוב הנישאות בתולה יש להן קול, מ"מ תולין מאחיה מחמת מיעוט דנישאות בתולה ואין להן קול וחזה"ג מסייע לה, ונגד זה יש לבעל רוב בתולות נישאות דיש להן קול וחז"מ, שוב תולין מחמת רוב בתולות נשאות, דז"א דאטו המיעוט דנישאות בתולה ואין להן קול מסייע לה דהיתה בתולה, רק אם היא מן המיעוט ליכא ריעותא בה דאין לה קול, אבל איך נצרף המיעוט לחזקה להוציא, ולא נשאר לה רק חזה"ג והרוב דבתולות נישאות, וכנגד זה יש לבעל רוב דיש להן קול וחז"מ וברי וברי, ועוד דהרוב דיש להן קול מסלק להרוב דבתולות נישאות, משום דמהרוב דבתולות נישאות ע"כ היא מהמיעוט, דהרוב מהן יש להן קול, ולכן ע"י רוב דידיה דיש להן קול כבר נסתלק רוב דבתולות נישאות, אבל הכא גבי ס' בן תשעה לראשון, מיעוט דיולדות לז' מסייע דהוא מאחרון, דלמה לא הולידתו אמו מקדם, ורובא דניכר לשליש ימיה דמסייע לו הוא המסלק את הרוב דלט' יולדות, דמהרוב אחר יולדות ניכר לשליש ימיה ואם הוא מאחרון ניכר לשליש ימיה, ועי' ברשב"א יבמות ר"פ האשה בתרא דמחלק כעין זה לגבי רובא וחזקה]:

ולהכי לא הקשה תוס' כן משום דיש לדחות דמיירי דיש לה בנים מהראשון [כפשטא דמתני' דארישא קאי דקתני דהיה לה בנים מן הראשון] ואיכא רובא דמתעברות ויולדות ובפרט דשוב ליכא חזקת זקוקה ליבם, אך עוד ק' דלמה אינו יורש את הראשון מחמת רובא דמתעו"י, ומיעוט וחז"מ דמנגדו, הרי יש לו רוב דלט', ורוב דניכר לשליש ימיה לחוד אינו מועיל, וי"ל כיון דהוא הוי מוציא אין הברירה בידו להליע הראיות שלו כמו שירצה הוא ולזכות דידיה, רק דנקטינן הראיות שלו בכללות, דיש לו שני רובא, רוב דיולדות לט', ורוב מתעברות ויולדות, וכנגד זה יש להמוחזק לסלקו, נגד רוב דלט', המיעוט וחז"מ, וכנגד רובא דמתעו"י, רוב דניכר לשליש ימיה, [ובאמת הוי מצי לתרץ בפנים כן רק לעדופי מילתא כ' באופן אחר], אך עודנה ק' בס' ויבם למה חולקין, נימא סמוך מיעוטא לחזקת זקוקה ומרע רובא דלט' והדר ניזל בתר רובא דניכר לשליש ימיה ויהיה הכל ליבם, כקו' תוס' גבי א"ת, רק זאת אינה נכונה במשנה ומוטב להו לרבותינו בעלי תוס' להקשות מהמשנה, [ועי' ברשב"א יבמות (ל"ז) בד"ה הא דאמרינן, משמע שהוא סובר כשיטת תוס' סנהדרין. וממילא דל"ק קו' תוס' גבי א"ת כמ"ש בפנים, וזהו שכתב שם בשה"ד כדרך שהיבמה יוצאה ממנו בספק זה, הה"ד נמי משה"ע בספק ויבם דחולקין בנכסי מיתנא, כיון דרוב דלט' אלים, ע"כ רובא דניכר לשליש ימיה וחזקה מהני להיות ס' השקול וחולקין], ואכ"מ להאריך במה שיש לדבר עוד בזה:

בסימן לב במ"ש אאמו"ר המחבר ז"ל [באות ג'] דאפ"ל כא דתולין הקלקלה במקולקל הוא דוקא באיתחזק בתלת זימני [וצריך לזה לפום דמיונו של הרב השואל דהוא רק מדרבנן, הב: לפמ"ש בפנים דהוא חשש דאורייתא בל"ז אין תולין], ראיתי שהרב השואל חזר והקשה, דהרי אף אם שניהם יש להן וסת וא' מהן נדה תולה חבירתה בה (ש"ע יו"ד סי' קץ סעיף מ"א), ובאמת א"י מה שא דכל החקירה אם עכשיו אינו מקולקל רק שהיה מקולקל כגון בנ"ד שראינו מקודם במשך זמן העבר שרצה לטבוע את עצמו, אם לתלות בו הקלקלה, ואיך נדמה זאת להא שתולה בנדה, דהתם עכשיו היא מקולקלת, מש"ה בוודאי תולה בה, א"כ לכאורה יש לדמות זאת להיכא דתולה בראויה לראות יותר ממנה או בעצמה בימים שראויה לראות יותר, הגם שבימים האלו עודנה אינה מקולקלת רק שעלולה לראות ע"ז כתב בפנים דאיפשר רק היכא דהוחזקה בג' זימני:

באות ד כ' לתרץ קושי' דו"ח [הנה הגיע לידי ס' באר יצחק, וראיתי (ברים חלק יו"ד) שתירץ הקו', משום דרובא וחזקה מהני גם בדשיל"מ אבל בפנים תיקן זאת במתק שפתיו כי כוונה אחרת בהקושיא] משום דגבי כסוי הוי כעין דשיל"מ, כיון שהוא דבר נקל ואין בו ח"כ, [ומצאתי כה"ג בכו"פ (ס"ס פ"ז) שכ' דל"מ ס"ס לגבי מצות כסוי ע"ש], פליאה דעת ממני ד"ק, הלא משנה ערוכה לפנינו (חולין פ"ז:) דם שנתערב בדם בהמה דר"י ס"ל אין דם מבטל דם משום דמב"מ ל"ב, וחכמים חולקין דבטל ורואין אותו כאלו הוא מים, ול"א דהוי דשיל"מ, ונראה דמ"ש בפנים הוא כעין דמצינו במשנה דמס' טהרות (ריש פרק ה') דסובר ר' עקיבא דהגם דס' טומאה ברה"ר ספיקו טהור, ה"מ בדבר שאין לזה תקנה, אבל לגבי גברא צריך טבילה והזאה כיון דאיפשר בתקנתא לטבול ולהזות עליו, וגם יכול להיות שהיום ומחר יתברר הדבר שנטמא [ועי' בר"ש ורא"ש שם וברמב"ם פט"ו מה' שאה"ט ה"ט], וכמו כן אמרינן גבי כסוי [הגם דיש לחלק קצת דכאן הוי רובא ע"י סמוך פלגא לחזקה מ"מ מסתבר כמ"ש ובפרט דלדברי הש"מ בשם הרא"ש וריטב"א מובא לעיל (בדברינו לסי' הקודם באות ה') דרוב ל"ה וודאי, רק שהתורה התירה ספק זה, א"כ דומה לס"ט ברה"ר, דגם שם הוא ס' והתורה התורתו ועי' בש"ס שמעתתא ד' פ"ד] דזה בוודאי איפשר בתקנתא והוא דבר נקל מאד, וגם איפשר שיתברר הדבר שעשינו שלא כדין במה שלא כסינו, כגון דלאחר שיגדיל הקטן יאמר ששחט כהוגן, ויהא נאמן בגודלו מ"ש בקוטנו, כדאיתא במשנה כתובות (כ"ח.) והגם דשם מבואר דרק בדרבנן נאמן אבל לא בדאורייתא, מסתברא דזה רק להקל, אבל להחמיר בוודאי גם בדאו' נאמן כמו שנאמן להקל בדרבנן, ובפרט דמסתמא מיירי שהקטן אומר כעת ששחט כהוגן, חדא דכן משמע מפשטות לישנא דמתניתין דאין חילוק בין רישא לסיפא רק דברישא אחרים רואין אותן ואומרים ששחטו כהוגן, וידעינן דשחטו כהוגן ע"י אמירת גדול, ובסיפא לא ראו אחרים ולא ידעינן זאת ע"י גדול רק ע"י קטן, ועוד דלפום דנקטינן השתא [בקו' הדו"ח] דהא דחכמים פליגי על ר"מ באותו וא"ב הוא רק משום דהוי דשיל"מ וממילא דהוא רק איסור דרבנן, ובדרבנן קטנים נאמנים היכא דבידם [תוס' פסחים ד': בד"ה הימנוהו]. וגם כאן הי' בידו, דע"ז בוודאי בידו לקלקל בבירור שהכל יראו שהיא נבלה וודאית. א"ו מיירי בהקטן אומר ששחט כהוגן, ומסתמא גם בגודלו יחזיק בדיבורי', ואמאי לא נחמיר בדבר הזה כמו דמצינו גבי ס' טומאה ברה"ר, משא"כ בדם שנתערב בדם בהמה, כיון שנתבטל, ל"ש שיתברר שעשינו שלא כדין במה דלא כסינו, [אולם לייסב את דברי הכו"פ לא שייך זה, ויש לייסב דברי קדשו באופן אחר, דהנה ידוע מחלוקת התבואה נ"ג (סי' ס"ט) ותפארת למשה (סי' קצ) בדשיל"מ על איסור אחד ויש על הדבר הזה עוד איסור שאל"מ, כגון ביצת טריפה שנולדה ביו"ט אי אמרינן הואיל דע"כ צריכים לבוא לביטול של איסור השני, הו לא מקרי דשיל"מ, או מ"מ על האיסור דיש"מ ל"ב, וא"כ להכי בדם שנתערב בדם בהמה בטל, דאם נאמר דלא בטיל והוי הדם חיה ועוף כמאן דאיתא וכאילו לא היה בו כדי לבטל, והיה מראה הדם ניכר, ממילא מחוייב גם בברכת כסוי, וכמ"ש הפמ"ג (סי' כ"ח ספיק פ"ו) בהדיא, ולגבי ברכה א"א להקל מחמת דשיל"מ, וכיון דע"כ צריך לבוא לביטול בשביל הברכה, גם לענין כסוי ל"ה דשיל"מ (ואיפשר דכאן הכל מודים לזה דל"ה דשיל"מ, כיון דצריכין הביטול במה שנוגע לאותו הדבר בעצמו דדנין כישל"מ), ובפרט דל"ה דשיל"מ ממש מפני שהוא פסידא קצת להדם ולא אתי ממילא, אבל בחש"ו שנשחטו, וכן בנידון דאיירי בי' הכו"פ, אם נימא מחמת דהוי כישל"מ ונסלק הרוב והוי כס' השקול מ"מ פטורים מברכה דס' ברכות להקל, להכי מיקרי כעין דשיל"מ לגבי כסוי, וכן בדברי הרא"ש בכורות המובא בפנים לגבי ברכה ל"צ מחמת ס"ס או רובא, דגם בס' השקול פטור מברכה, ודוקא בוודאי פדיון פ"ח מחוייב בברכה כמבואר בש"ע סי' שכ"א כ"ו, (ויש עוד איזה דרכים לפני בזה), ויש לגמגם בזה דאם

נימא

נימא דלא מקילינן מטעם ס"ס או רובא, לגבי מצות כסוי, משום דהוי כעין דשיל"מ, ע"כ נקטינן בשמעתא דדישל"מ ל"ב, משום עד שתאכלנו באיסור, כשיטת רש"י ריש ביצה, דהא טעמו דר"ן משום מין במינו ל"ש כאן, כיון דל"ה משום ביטול כלל, ולטעם זה מסתברא דלא איפלגו הנ"ל ותפארת למשה כלל, רק כ"ע סברי דהוי דשיל"מ, דהא מ"מ עד שתאכלנו בשני איסורים ע"י ביטול, תאכל רק באיסור א' ע"י ביטול, וה"נ בכסוי בדם שנתערב בדם בהמה, דאם אינו מכסה צריך להביטול לגבי חיוב כסוי וברכה, ואם מכסה צריך להביטול רק משום הברכה להוד, ואיסור דאם אינו מכסה צריך להביטול רק לחיוב כסוי, אבל מברכה ממילא פטור כיון דאינו מכסה, וכזה יש להעיר ע"ד תשובה רע"א זצוקללה"ה (סי' ס"ה) שמביא ראיה משיטת הרמב"ם גבי חמץ דהוי דשיל"מ, הגם דצריך ביטול לגבי ב"י ותבטיהו, הה"ד בביצת טריפה שנולדה ביו"ט, הלא כיון דהרמב"ם סבר ליה דהוזר ונאסר הוי ג"כ דשיל"מ, ומבואר באחרונים דהטעם משום עד שתאכלנו, ומש"ה גם בשני איסורים הוי דשיל"מ, אבל מ"מ אין ראיה דלטעם השני משום דהוי מב"מ, דג"כ הוי דשיל"מ]:

בסימן לג

מ"ש [באות ב] בשם הריב"ש סי' קפ"ב, ובסי' קנ"ה כתב הטעם דבשטרי פרסאי סמכינן משום דהוי מילתא דעל"ג מיד, והא דמצריך זה שלא בפני זה, ע"כ מטעם השני שכתוב בפנים [ועמ"ש בפנים בליקוטי הגהות והערות]: ומ"ש בפנים [באות ד] בשם תשובת הר"ן ועי"ש דהעיקר תלוי בגמר עדותן בב"ד, וגם באיסורין דלא בעינן הגדה בב"ד מ"מ קודם שהגיד בב"ד חוזר ומגיד, ועי' בש"ש (שמעתא ו' פי"ד), ועי' בקונט' עגונות (סי' קנ"ט) ותמוה לכאורה מירושלמי מובא בתשובת הר"ן הנ"ל דבין לאיסור בין להיתר נאמן לומר מבודה, אע"ג דעד מפי עד מהני: ומ"ש בפנים [באות ה] בתוך הדברים לפרש ד' תשובת הרא"ש ורשב"א יבמות, דלא מחמרינן גם בתחילתו יותר ממנון זולת היכא דמלינו להדיא, ומובן דהא דמבואר בש"ס בכורות שם בתירוצא קמא דהחמירו בעדות אשה יותר מבממון דמהני היכר פדחת ובעדות אשה ל"מ, ג"כ איתא להדיא וילא מן הכלל, ולתירוץ השני דש"ס גם שם לא החמירו בעדות אשה רק הוא מדינא אך לתרץ דברי הרשב"א בזה קשה מאד, דברשב"א שם מבואר דהוא מטעם קולא דעגונה, דהקשה מרב אשי דלא ס"ל כ"כ גבי מומין וע"ז תירץ דדוקא גבי ממון לא ס"ל לר"א כ"כ אבל בעגונה הקילו, ומלשונו הכתוב בפנים נ' דכוונתו רק לתרץ את תשובת הרא"ש, ובשיטת הרשב"א אפ"ל דס"ל דתירוצא תניינא דש"ס בכורות חולק על תירוצא קמא והקילו משום עגונה גם במה דמחמרינן בממון, ופוסק כתירוץ הזה:

בסימן לד

במ"ש האמו"ר-זללה"ה דאם א' מהעדים לא שמע כל לשון הקידושין הוי כמקדש בע"א, [וכ"מ בשעה"מ (פ"ט מהל' אישות ה' ל"א תד"ה כתב הרב הה"ד) דאם היו רק שנים אבל הקידושין והאחד שמע שאמר לה קחי דבר זה מידי בעד הקידושין והשני שמע רק שאמר לה קחי זה בעד קידושין ולא אמר מידי, דלפי דברי השני הו"ל ידים שאינן מוכיחות, הו"ל כמקדש בע"א], ולכאורה יש להחמיר עפ"י דברי רמ"א [סי' כ"ז סעיף ג'] בשם תשו' מהר"ס, ואמנם האחרונים העלו דרק בדיבר עמה על עסקי קידושין יש לחוש, ועוד דהתם רק בשניהם מודים, ובנ"ד היא אומרת שלא ידעה מקידושין כלל, ואין להקשות מהשלוחות דלשיטת רש"י מובא בש"ע [ר"ס מ"ה] דחוששין שמא הם עלמם ניתנו לקידושין, ול"א דהוי כמקדש בלא עדים, דהתם גם להעדים מספקא להו כמו לדידן, כיון דשדיך תחלה, כמבואר בש"ע שם, מה שאין כן בלא שדיך והעד לא שמע לשון הקידושין דאין לו לספק כלל:

ומ"ש [באות ב'] ליישב דברי הנ"ל, עיין במרדכי קידושין [ריש פ' האומר] שהביא תשובת הר"ם דהשליח שטעה ואמר לי, דצריכה גט משום דלא מהימן דהוי דברים שבלב וכו' דאפילו אי אמרינן דברים שבלב הוי דברים גבי קידושין אמרינן לחומרא ולא מהימן מכ"ש לפי האמת דמסקינן דאינו דברים דצריכה גט והקשה דיכא נאמן במיגו דאי בעי גירשה יעו"ש, והנה גם על תשובת הר"מ הטוב הקושיות שהקשו על הנ"ל, או כמ"ש בפנים דקידושין שאני, אבל בגוף הסברא יש לעיין דבש"ס קידושין [דף נ'] הוכיח הש"ס מהמשנה דהשבור הייתי שהיא כהנת וכו' דדברים שבלב אינם דברים, ועיין ברשב"א שם דהוכחת הש"ס הוא דאינו מועיל דברים שבלב לבטל הקידושין, וגם הוכחת הש"ס מהא דבכולם אע"פ שאמרה בלבי היה להתקדש לו אף ע"פ כן אינה מקודשת, דדברים שבלב א"ד, ומבואר בראשונים בסוגיא דקידשה על תנאי, דמחילה מהני גם בתנאי שאינו של ממון, א"כ יש לה מיגו דא"ב מחלה התנאי, ובפרט לר"ן כתובות שם שחידש דהיכא דאמרה בלבי היה הורע כחה ול"מ מחילה עיי"ש, מ"מ הא נאמנת ממנ"פ דאם אמת כדבריה שבלבה היה מהני בקידושין גם דברים שבלב, ואי משקרת מהני מחילתה ואפילו אי מקפדת עכשיו מ"מ יש לה מיגו דא"ב שתקה מאמירת בלבי היה וכו' ותמחול לו התנאי, הרי דגם בקידושין הטעם דדברים שבלב א"ד, משום דאינו מועיל ולא רק משום דלא מהימן, וכן קשה מהא דהוכיח הש"ס שם, מגט מעושה שאמר רוצה אני דדברים שבלב א"ד, והלא לשיטת ר"ת בתוס' גיטין [דף ל'.] ד"ה דקי"ל, דצריך עדים אפילו לר"מ משום דהוי חב לאחריני, ובב"ש [סי' קל"ג סק"א] דבגט ג"כ לא מהני עדים אחורי הגדר, וכיון דלסלקא דעתיה דש"ס שם מספקא לן שגם אחרי הכפיי' שמא אינו רוצה [וכמ"ש הריטב"א שם רק למסקנא אמרינן שם בש"ס דמסתמא נתרצה משום דמצוה לשמוע דברי חכמים], ולמה לא יועילו הדברים שבלב לפסול הגט מספק, כיון דהדבר רפוי דתליא רק בשמיעת וראיית העדים, ברם מראיית הש"ס מתנאי קידושין ל"ק כלל, דאם אמרינן דדברים שבלב מועילים לבטל הקידושין כיון דעיקר הדבר נתקיים ע"י ראיית העדים, ואיך יעלה על דעת ללמוד מזה להיפוך דדברים שבלב יקיימו הקידושין דהוי מעשה קלישתא, ותנאי קידושין מסתברא דאינו צריך לזה עדים רק לאמתו של דבר ומועיל אם שמעו התנאי מאחורי הגדר, לכן גבי התנאי ל"ש זה הסברא, וגם ראיית הגמרא מסבור הייתי שפיר, כיון דגם במחשבתו רולה בקידושין, רק דחשב על תנאי שהיא כהנת, לכן אמרינן כיון דתנאי מילתא אחריתא היא, דנין את הקידושין למילתא דאית ביה מעשה, וא"י לבטל מחמת התנאי שבלב, וכעין זה מלינו בש"ס גיטין [ל"ד.] גבי גילוי דעתא, אטו לבטולי גיטא בעי לקיומי תנאי קא בעי, רק מגט מעושה קשה, ול"ל דלס"ד רלה הש"ס להוכיח דגם בכעין זה לא מהני דברים שבלב, ולמסקנא שם, דכל הראיה הוא רק ממשנה דמעילה, אמרינן מן הסברא לחלק כן, [ולפי דברים האלו יתורץ לן שפיר מה שיש לדקדק בש"ס שם, כיון דמסדרי הש"ס קבעו הסוגיא דדברים שבלב במסכת קידושין למה לא הביאו מקודם הראיה ממשנה השנויה במסכת הזאת דאמרה בלבי היה, ואח"כ יביאו ממשנה דערכין מגט מעושה, ועוד שהיא מאוחרת בש"ס, ועפ"י הנ"ל ניחא, כיון דמשם הוי ראיה אלימתא ביותר דגם בכה"ג דתליא בראיית העדים אמרינן דברים שבלב א"ד ולא מהני, לכן חביבא ליה ואקדמי', (ועי"ז הקשה מקודם מרישא דמתניתין דערכין גבי יקריב אותו כדרך הש"ס בכ"מ) משא"כ מקידושין לא יוכל להוכיח כזה כהנ"ל, והא דהביאו מקודם הראיה מהא דסבור הייתי, מהיא דבלבי היה הגם שהיא משנה מאוחרת מזאת, משום דלכך היה השקלא וטריא דרב יוסף ואביי, ועוד דמ"מ עדיפא ליה ראיה זאת כהנ"ל), וכיון דמשני הש"ס דהתם הטעם משום דמצוה לשמוע ד"ח חלקינן כן מסברא], וגם אין להקשות מהא דבעינן דיני תנאים בקידושין, והלא כל הטעם דבעינן דיני תנאים הוא משום דאי לא ילפינן מתנאי דבני גד ובני ראובן הוי אמינא דאין שום תנאי מבטל מעשה כמ"ש תוס' כתובות [ע"ד.] ד"ה ה"ז, גבי המקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כו"ע, הלא קידושין לא חשיבי כמעשה, דהתם כיון דרולים בקיום המעשה רק שתהיה המעשה קשור בקיום התנאי שוב חשיבי הקידושין מעשה, [וכמ"ש בפנים שלא יקשה ע"ז מריש האומר], ועיין במל"מ [פ"ז מה' אישות ה"א ד"ה ואם חסר] מ"ש בתנאי דלשעבר:

אבל מצאתי בריטב"א ר"פ האומר בקידושין שחידש וז"ל בד"ה לא בא אחר וקידשה וחזרה בפני שנים אבל בינה לבין עצמה לאו חזרה היא ואפילו שמעוה מאחורי הגדר שחוזרת בה, מחשבתה גרידתא חשיבא, וכן הדין בכל דבר שצריך חזרה עכ"ל הריטב"א, משמע מדבריו דדברים שבלב לא מהני גם גבי קידושין, אף אם מהימנינן ליה, דהא העדים שמעו שחזרה, ואפ"ה ל"מ החזרה, ויש לחלק דהריטב"א כתב כן רק היכא דנתקדשה ואח"כ חזרה, הוא דל"מ מחשבה לבטל הקידושין שכבר חלו, אבל היכא שמיד בעת הקידושין מחשב להשטות י"ל דמהני לבטל, ובפרט דכל זה הוא רק ליישב דברי הנ"ל, ודי אם יש סיוע מדעת המהר"ס מרוטינבערג הנ"ל:

[ואוידי דעסיקנא בהדיא פנינא, אליע מה שאמרתי עוד בזה, הנה ברשב"א קידושין שם הקשה מהאומר הא ה"ז נזיר, וכן בתרומה דניטלת במחשבה, הא הוי דברים שבלב, אלא דכל כי האי לא דייקי כלל לדברים שבלב

שבלב, דכי אמרינן דברים שבלב אינן דברים היינו שאין דברים לבטל מה שאמר בפיו, כהסוא דזבין והיה בלבו תנאי שיעלה לירושלים ובאומר סבור הייתי שהיא כשרה וכן כולם, אבל כל שהדברים שבלבו אינן מבטלין מפיו אלא מקיימן, כנזיר שאמר בלבי היה להיות כזה שהיה עובר, או מחשב בתרומה, שאין דברי לבו מבטלין שום דבר, הוי דברים, ואין זה בכלל דברי רבא עכ"ל, ובפנ"ד לא אוכל להבין את דברי רבינו הרשב"א, הא סוגיא ערוכה היא במסכת שבועות (כ"ו:) דהא דתרומה ניטלת במחשבה הוא גזה"כ, ומשום דתרומה וקדשים הוו ב' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין, וכ"כ הרשב"א שם דונחשב לכם דכתיב בתרומה חידושא הוא, והוא משני כתובים. ותירצתי, דבדברים שבלב יש שני פרטים, א' אם החל להיות חל גם אם אינו חוזר, והשני גם אי חל בשעתו מ"מ מצי לחזור, והנה מצינו בכל הסוגיא דגם אם רוצה לקיים את הדברים שבלב, בזבין אדעתא למיסק לא"י ובקרבן ודכוותיה, שעומד במה שחשב במחשבתו, שבאם לא יעלה לא ימכור, וכן בקרבן אין רצונו להביא רק מאונס, ואפ"ה לא מהני, בזה חידש הרשב"א לחלק, דהוא דוקא היכא שהמחשבה סותרת שמעשה, אזי אינו חל כלל גם בשעתו אפי' אם רוצה בקיומו של מחשבתו, אבל אם המחשבה אינה סותרת המעשה חל המחשבה שפיר בשעתו בכל מקום, ואי מצי לחזור או לא בזה חלוק תרומה וקדשים מכל התורה משום דהוו ב' כתובים, וזה מדוייק בלשון הרשב"א דאין זה בכלל דברי רבא דאינו חל כלל אפי' בשעתו, רק מיחל הוא דחייל והוויין דברים, ועל הדיבור מצי לחזור, רק בתרומה וקדשים הוא דגילתה התורה דהוו כמעשה, וכמ"ש תוס' קידושין (נ"ט:) ד"ה מידי, דמונחשב ילפינן דהוי כמעשה, וגם באומר הכא דהוא נזיר, וא"י לחזור משום דבכלל דברים שבלב דאמר רבא איננו, כיון דהמחשבה אינו סותר המעשה, וגם דיבר קצת שאמר הכא, בשעה שנזיר עבר לפניו, בזה חידשה התורה דמהני ממעשה יד, והא דלא תירץ הרשב"א דלעולם גם זה הוי בכלל דברים שבלב, וזה דמהני והוחל בשעתו בתרומה הוא משום גזה"כ, דא"כ גם בקדשים דכתיב כל נדיב לב עולות ג"כ חידשה התורה דדברים שבלב מהני, והיכי אתי למיפשט מיקריב אותו דדברים שבלב אינן דברים, וגם גבי נזיר יקשה, וכמ"ש הרשב"א בקושיותיו. ועיין בקצוה"ח (סי' רס"ט) שכתב להסכים עם דעת הסמ"ע דבמגביה מציאה לחבירו אינו קונה במחשבה עד שיאמר בפירוש שמגביה לצורך חבירו, משום דהוי דברים שבלב, והקשה הנתיבות עליו מדברי הרשב"א הנזכר, דהא אין המחשבה סותר למעשה, ומהני כמו בתרומה, ועפ"י הנעת דברינו בע"כ צ"ל דהרשב"א לא חידש רק דמהני בשעתו, אבל מצי למיהדר (חוץ בתרומה דיש גזה"כ) והמגביה חוזר השתא ורוצה להחזיק בעד עצמו, (והנה בקצוה"ח (סי' י"ב) העלה דמחילה בלב ל"מ משום דהוי דברים שבלב, והגם דאינו סותר המעשה מ"מ מצי הדר ביה, וכך היה העובדא שם, דאח"כ רצה להתנקם ממנו ותובעו החוב, ועל הנתיבות ק"ק, דשם גבי מחילה בלב הסכים לדברי הקצות, וגבי מגביה מציאה חולק עליו עפ"י דברי הרשב"א]:

באות ג מביא דברי המשיבת נפש והשיג עליו, עוד יש להעיר על דבריו, כיון דבטענתה דהשתא משלמת כסף הקידושין בחזרה רק טענתה היא על הקידושין, ולבטל הקידושין יש לה מיגו טובה דגם בטענת המיגו הברירה בידה שלא תשבע להכחיש את העד רק תשלם בהמרה שגם על האמת איננה רוצית לישבע, אך ע"פ מ"ש בפנים לפרש דברי תוס' דלא חליף להכחיש את העד ובשבועה, והה"ד נמי בכה"ג הגם שלא תשבע ותחזיר הכסף קידושין, מ"מ במה שתכחיש את הקידושין ואנן אמרינן דהאמת עם העד כיון דנחתינן לנכסיה הדר שייך לא חליפא, אבל רחוק להעמיס זאת בדברי המש"נ [וס' כזה אין בידי לעיין בו]:

ומ"ש האאמו"ר ז"ל ליישב את דברי הב"ש דהיא אין לה מיגו [ועיין ברשב"א שבועות מובא בקצוה"ח (סי' פ"ב סק"י) דלא תחלק כלל בין מיגו דהעזה לא"מ או משבועה רק העיקר תלוי היכא דמעיד ויכפור יותר], ואם הוא טוען משטה ליכא מיגו, דאין רצונו להפסיד הכסף קידושין, ובכ"ד יש לו מיגו שיאמר כמו העד השני שדילג תיבת מקודשת לי, ובעלמא ל"ש מיגו זאת דממנ"פ אם כוונתו לקדש, בוודאי סירכא דלישנא נקיט ואתי ואמר כל לשון הקידושין כראוי, ואם כה יאמר שכוונתו לשחוק, ובכגון זה מתרמי דדילג מלשון הקידושין הלא טענת לשחוק והשטאה אינו נאמן בלא מיגו, ורק בכ"ד נאמן משום שיש לו עד המסייע. והנה מ"ש בפנים, הוא רק לתת מקום ולבאר עיקר ד"ק של הב"ש, אבל מ"מ לשינו קשה דליין על תירוץ הריב"ש, ואיפשר כיון דגם הריב"ש מודה לזה הסברא עפ"י הראיות בכתב בפנים:

באות ה מ"ש בפנים דמהני תפיסת הבעה"ב משום תפיסה ברשות, יש לדמות זה לדברי הש"ך בת"כ [סי' ס' ס"א] דמי שהלוה מעות לחבירו והלוה תפס המעות מחמת תביעה שיש לו על המלוה מקרי תפס ברשות, אך האו"ת בקיצור ת"כ שם חולק עליו כיון דלא בא ליד הלוה על דעת כן, וראייתו מתשובת רשב"א ע"ש, וה"נ דכוותיה דהיא מחוייבת בוודאי לשלם חלק פעולתה רק שתפסה מחמת חיוב שמירתה דהוי ספיקא דדינא הדר הוי תפיסה שלא ברשות, ועי' באחרונים שם שכ' דמקרי בכה"ג תפס קודם שנולד הספק, ובפרט כיון דצריכין לכל זה רק לשיטת החמ"ח (סי' מ"ג), א"כ י"ל לדידיה כשיטת הש"ך הנ"ל, או כיון דאיכא פלוגתא בזה בין הפוסקים ע"כ יראה להשליך המעות:

באות ז מ"ש בראיה מדעת הרמב"ם והראב"ד בזבנה אורתה גם דחזרה בפירוש ל"מ, הוא היכא דאמר דעכשיו חוזר שאינו רוצה בעד הלוקח, אבל אם אמר מיד שאינו קונה בעבור הלוקח ל"ק הלוקח, וכ"מ בש"מ שם סד"ה גבייה, ובריטב"א (דף י"ד ע"ד בדפוס הדילקאב), סד"ה בעא מיניה, והא דמבואר בש"מ [תד"ה מ"ט] בשם הרמב"ן דאפי' עומד הגזלן ולווה מיד אחר שקנאה ל"מ, הוא משום דהרמב"ן חולק על שיטת הראב"ד בזבנה ואורתה [ויע"ש בד"ה פשיטא], או דמיירי דאמר דעכשיו הוא חוזר [ועי' בב"י סי' שע"ד ופרישה שם], או איפשר גם דאמר דמיד אינו רוצה לקנות בעד הלוקח, מ"מ אינו נאמן דאמרינן דאם איתא כדבריו הו"ל לומר מקודם כן בפני עדים, וכדמשמע מלשון הש"מ דצריך לחזור בפני עדים [ועמ"ש לעיל בסוף אות ב' בשם הריטב"א כעין זה], וכוונתו בשעה שלקח היינו קודם שנגמר הקנין, משא"כ בזבנה דמקודם לא היה לו מי שיקנה ממנו שדה שאינו שלו, אך יש להשיב דמכל מקום הו"ל לומר בפירוש בפני עדים:

בסימן לו הכריח דא"ל דדברי תוס' כתובות (נ:) ד"ה ואי, הם רק לענין חיוב אונסין, מסוגיית הש"ס ב"מ, [ולכאורה ממקומו מוכח, דהא דברי תוס' הנ"ל הם מריב"א, ואיהו ס"ל דלא שאני בין קנין גניבה לקנין לוקח, כדאיתא בתוס' כתובות (לא:) סד"ה ברה"ר], לאשר כי דברי אאמו"ר המחבר זללה"ה בקוצר אמרים הם, לכן הנני מבאר, והוא דישנו ארבעה חילוקים במעלות וחסרון הקונה, דקו"ם יש לו ב' מעלות דאיכא דא"מ ורק קנינו קלוש דהוא קני ע"מ להקנות, ומציאה אית ליה ב' חסרונות דצריך לקנותו לקנין גמור שיהיה שלו ממש וליכא דא"מ [כמ"ש תוס' גיטין (ס"ד:) ד"ה שאני, בטעמא דמציאת חש"ו דיש בהן גזל רק מפני דרכי שלום, ובש"ס ב"מ (י"א:) ברה"ר איתן רבנן אחר מציאה דבעינן רץ אחריהן ומגיען, ובדא"מ כ"ב רץ אחריהן ומגיען, ועי' ברמב"ן שם, וכ"כ הקצוה"ח (סי' שס"ב) דיאוש ל"ה דא"מ, ועי' בנתיבות ר"ס רע"ג], ומקח וממכר איכא דא"מ, וקנינו אלים, וגזילה הוא להיפך דליכא דא"מ וקנינו קלוש דהוא רק לחיוב אונסין, לכן כ' בפנים בתחילה דאין להביא ראיה מתוס' כתובות, דגבי מקח וקידושין [דדמו לגזילה במעלה א' וחסרון א' כהנ"ל], דאינו מגרע מה שחבירו יכול לנתק, דאולי המעלה שישנו בגזילה עדיפא מהמעלה שיש למקח וקידושין, אבל במקח וכדומה, אינו מועיל יכול לנתק לקנות על ידו, וגם מגרע מה שחבירו יל"כ, או דבמקח מגרע מה שהמוכר יל"כ, וע"י יל"כ קונה, כמו דמחלקין במשיכה ברה"ר בין גזילה למקח, ועי"ז כ' דאם נאמר דבמקח קונה אם הוא יכול לנתק, מסתברא דגם בגזילה כן הוא, וממילא דמגרע מה שחבירו יל"כ, דשניהם ביחד לטיבותא בוודאי ל"א [זולת בק"ם לשיטת הרמב"ם, והוא משום ב' מעלות שיש לו], והלא מבואר בתוס' שם דבגזילה אינו מגרע, וא"ל דבגזילה אינו מגרע משום דעדיפא כהנ"ל, כיון דעי"ז ישוב הדבר דאינו קונה ע"י יל"כ דשניהם ביחד ל"א לטיבותא, והואיל דבמקח קונה ע"י יל"כ ומגרע, הרי דמסתברא יותר לקנות ע"י יל"כ משלא יגרע, והיאך בגזילה נאמר להיפך, דיותר מועיל שלא לגרע מלקנות ע"י יל"כ, א"ו דס"ל לתוס' דאינו קונה במקח ע"י יל"כ וגם בגזילה הדין כן, ולכן כ' בפנים דנהי דזה מוכרח דבמקח ל"ק ע"י יל"כ, מ"מ אין ראיה עי"ז מתוס' דבמקח אינו מגרע, דאולי רק בגזילה, אבל במקח איכא תרתי לריעותא כהנ"ל, ורק הביא ראיה מתוס' עפ"י סו"ע דש"ס ב"מ:

[ויש להקשות דלמה במציאה דיש לו הב' חסרונות ולא מגרע במה שחבירו יכל"כ (ב"מ ז'), ובפשט להפוסקים דגם בדא"מ מגרע מה שיכל"כ וקונה ע"י יכל"כ הרי דיותר מסתבר לגרע משלא לקנות, ובמציאה נאמר להיפך, ולכאורה רציתי לחדש דלעולם מציאה גרע מדא"מ, ומש"ה ל"ק ע"י יכל"כ, והא דאינו מגרע הוא מטעמא אחרינא, דנהי אנן בדא"מ והקונה לבד אוחז החפץ בידו, ולא המקנה, רק איש זר המשיחה בידו ויכל"כ, הכי נאמר דמגרע הקנין עי"ז, דהא הוא אינו שום בע"ד בזה, והוי כאילו מונחת המציאה ע"ג קרקע, ודוקא היכא שהמקנה יכל"כ מגרע דעוד לא יצא לגמרי מרשותו, וא"כ תו אינו במציאות שבמציאה

שבמציאה מגרש מה שחבירו יכל"כ, כיון דיכל"כ אינו קונה במציאה וחבירו לא יקנה מה שהוא תופס ע"י יכל"כ, ממילא דאינו מגרע כיון דהוא אין מקנה לו כלל, ומה איכפת לן במה שהוא יל"כ, והוא אינו מקנה אליו והוי כאיש זר בדאח"מ (דאם היה הדין דיכל"כ קונה במציאה ממילא דמגרע משום דמי שיכל"כ קונה, אבל כיון דיכל"כ אינו קונה, הו א"א לגרע את קנינו), אך ק' ע"ז דהיאך מוכיח הש"ס ב"מ (שם) דבחליפין אמרינן דיכל"כ אינו מגרע ממציאה, הלא במציאה א"א לגרע, ואולי משום דפכ"פ יכל"כ ולתופסו ויהיה שלו. ונ"ד לאיש זר בדאח"מ משום דגם אם תפסו לא לו יהיה החפץ, והוכחת הש"ס הוא, דאם במציאה דהוא קנין גמור וליכא דאח"מ, רק הא דיכל"כ קליטה כהנ"ל, משום דהוא אינו המקנה רק אם יתפסנו יהיה שלו, אינו מגרע, הה"ד בק"ש דיש לו ב' המעלות לכן הגם דהיכל"כ אליו דהוא המקנה לו, ג"כ אינו מגרע, והא דאיצטריך הש"ס לתת הטעם בגט משום ס' כריתות בעינן, הלא התם יש לו רק מעלה א' והיכל"כ אליו, גם בל"ז קשה לשיטת הפוסקים דקיימינן הפתא דבכל הקנינים מגרע, ונ"ל כמ"ש בפנים דטעמא דס"כ בעינן הוא שיגרע ולא יועיל לקנות, או משום דרב חסדא דפוסל ביכל"כ בגט, איהו לשיטתיה דס"ל בגיטין (כ) דיכול למיפסל כולהו גיטי דעלמא משום דכתיב וכתב, וכיון דבכל הגיטין דעלמא איהי דכתבה בוודאי היכל"כ קליטתא דמעולם הוא שלה ואפ"ה איה מגורשת ואפי' לרבא דמפרש שם הטעם משום דאקטייי אקני ליה רבנן, מ"מ אם הבעל אין רוצה לגרש מסתבר דלא יוכל להחזיק בהנייר, דלזה לא הקנו לו רבנן, (ובדין זה יש לעיין הרבה ואכ"מ), ולכך מחדש הש"ס משום דס"כ בעינן]:

הנה הקושיא על הקצות שהובא בפנים בשמי, יש ליישב ע"פ הסברא אשר השיג האמו"ר על הקצוה"ח, דלהכי בעלמא באגב לא בעי לבורין, ולא מבטל משום דיכולים הבעלים לנתק, משום דיכול לנתק לא מגרע רק לקנין יד ולא לשאר קניינים, אבל בגט כמו דחזינן משום דספר כריתות בעינן מגרע הקנין יד יותר מגבי מקח, וכמ"ש בפנים דאינה מגורשת על ידי יכל"כ ואם הוא יכל"כ מבטל הגט, הכי נמי מגרע גם שאר קניינים משום דמכל מקום כריתות לא הוי רק השגתו קיימא מגט גופיה דמהני ביה חליפין, והגם דכתב הקצוה"ח שם והביא ראיה מש"ס בבא בתרא דלא מצי לקנות הגט ע"י חליפין גם לדעת רש"י, והטעם משום דנתינה כתיב ביה, וכמבואר בש"ס בב"מ [י"א:], מכל מקום מבואר ברש"י שם ד"ה נתינה, לפיכך אסור לקנותו בשודר דדרך מקח הוא ונראה זה כמוכרן לו, וכן הוא לשון הרמב"ם הלכות מעשר שני [פ' י"א הלכה י"א] מפני שנראה כמכירה, ומשמע מלשונם דהוי רק מדרבנן, והוא הדין בגט דלמדו משם, וא"כ השגה על הקצות שפיר דלמה אינו בטל הגט משום דיכול לנתק וכ"מ מלשון הרמב"ם [פ"ה מהלכות גירושין הלכה ע"ז וריש פ"י מה"ג] דיכול לנתק הגט בטל:

בסימן לז

מ"ש האמו"ר זללה"ה בשיטת הרמב"ן דבליסנא מילתי נקטינן לעולם לתועלת השליחות, והא דכתב רבינו הרמב"ן באם היא עשתה בפירוש לפלוני שליח לקבלה מהני לאו דוקא, דאפילו בליסנא מילתי מועיל, וכן כתב הט"ז אהע"ז [סי' ק"כ ס"ק ע"ז] בשיטת הרמב"ן, רק מטעם אחר יעויי"ש [ועי' בפר"ח]. ועיין בר"ן שם מה שהשיג על ראיית הרמב"ן משום דבממנה בפירוש לא נפיק חורבה, ולפמ"ש בפנים הוקל מעלינו השגתו, דבוודאי גם הרמב"ן מודה לזה, דכן הסברא פשוטה, אולם הכי אזלא ראייתו דאם בממנה בפירוש כשר, גם בליסנא מילתי הדין כן, דאנו דנין לתועלת השליחות כאשר מינה בפירוש, וא"כ יהיה חתם סופר ועד פסול משום דנפיק חורבה בליסנא מילתי, דבליסנא מילתי בוודאי מלוי דיעתו, דנתן הבחירה בידם לעשות שליח לכתיבה וחתימה למי שירצו הם, מש"ס דלא אמר להם בפירוש בליסנא מעליא, ולאו כולי עלמא ידעי מסברא זו דנקטינן דכוונתו לתועלת השליחות [ובפרט דחזינן דבאמת הרא"ה חולק עליו לדינא], ואולי השגת הר"ן על ראיית הרמב"ן הוא, משום מלת [בכה"ג] שמביא בשם הרמב"ן, דמשמע דראייתו קאי אמינה בפירוש, אבל ראיתי ברמב"ן בחידושיו שהשמיט מלה זו יעויי"ש, ועפי"ז ממילא מוכח דלדעת הרמב"ן בליסנא מילתי נקטינן לתועלת השליחות כמו בליסנא מעליא, דאל"כ פליאה ראייתו הנ"ל כהשגת הר"ן עליו, ובליסנא מעליא כתוב בפנים דטעמו של הרמב"ן משום בלא לשמה, עיין בב"ש [סי' ק"כ ס"ק ז'] שחוכך בזה, ומ"מ מסיק דטעמו הוא כן, ועי' בתורת גיטין שם שפסול מן התורה:

שם [בהגה ב'] בשיטת הרא"ה במש"כ ויש להוכיח זה מקושיתו וכו' משום לשמה הוא וכו', [ניכר לעין הרואה כי נחסרו איזה תיבות], אבל לעמוד על עיקר כוונתו העמוקה, ובפרט אשר לכאורה יש סתירה בהדברים מיניה וביה, ובעיוני הבנתי, והוא, דאי נימא דהרא"ה סבירא ליה בזה כהרמב"ן דבליסנא מילתי אזלינן לתועלת השליחות, רק דחולק עליו בסברא דשלא לשמה, [ונמצא דמכשיר בליסנא מילתי אפי' בגט], והסברא אשר יביאהו ויאלצהו לזה, הגם דפשטא דליסנא דברייתא בש"ס גיטין [ע"ב.] משמע דבכל אומר אמרו פסול עד שישמעו בקולו, משום קושיתו הנ"ל דמנ"ל לגמרא דטעמא דר"י וכו' דילמא הטעם משום שלא לשמה, הלא משום שלא לשמה לחוד ליכא למימר רק בליסנא מעליא, או בליסנא מילתי, אם נימא דבוודאי כוונת הבעל היה ולשונו משמע כן בלי ספק, שהראשונים ישמעו איך שהוא ממנה לשלוחים את הסופר פלוני ופלוני ופלוני עדים, והראשונים יודיעום ונמצא שלא שמעו מפי הבעל, ומשו"ה פסול משום שלא לשמה לחוד, אבל אם אמרינן דבליסנא מילתי מספקא לן בכוונתו, רק דנקטינן דכוונתו היה לאופן המועיל, וכדעת הרמב"ן, שפיר מוכח דס"ל מילי לא מימסרן לשליח, ולכן פסול משום ממנ"פ כמ"ש בפנים [בהגה א'], דאי מילי מימסרן לשליח אמאי יפסול בליסנא מילתי, נימא מש"ס דכוונתו היה באופן המועיל, ודעתו היה שהראשון ימנה את השליח מדעתו, והוי כאלו שמעו מפי הבעל דשלוחו של אדם כמותו [וזהו טעמו של הרמב"ן דלא יקשה עליו השגת הרא"ה, וכי נעלמה מעיני רבינו הרא"ה את השגת הר"ן על קושיתו], אלא וודאי דהרא"ה ע"כ ס"ל מסברא דלא מכרעינן בליסנא מילתי את כוונת הבעל ומשלא משום תועלת השליחות רק דמספקינן בכוונתו, ע"כ אזלינן לחומרא ואמרינן אולי כוונתו היה שהם יעשו שלוחים, והוי מילי, ומשו"ה פסול בליסנא מילתי, ולכן הקשה הרא"ה דילמא ר"י סובר מילי מימסרן לשליח, ופסול משום שלא לשמה, ואמרינן לחומרא דילמא כוונתו היה להיפוך שהוא עושה להשנים שלוחים, ופסול משום שלא לשמה, וע"ז כתב בפנים [בהגה ג'] דמ"מ מאי הקשה הרא"ה דסוף סוף מוכח דר"י ס"ל מילי ל"מ לשליח, דהא פוסל בליסנא גרוע, והתם בוודאי הוי לשמה משום דשלוחו של אדם כמותו, וע"כ חידש דפליגי הרמב"ן והרא"ה אי גוף השליח כמשלא או רק מעשה השליח, כמ"ש בפנים בארוכה, וממילא דלית לן ראיה דרא"ה חולק על הרמב"ן בליסנא מילתי דאזלינן בתר תועלת השליחות, ואפ"ה הקשה שפיר דנימא הטעם משום לשמה, דגם אי נימא דכוונתו היה שהראשונים ימנו את השליח מדעתו, ג"כ יפסל משום שלא לשמה, דלא אמרי' שלוחו ש"א כמותו בכהאי גוונא כיון דגוף השליח לא נעשה כמשלא, ע"ז מסיים [בהגה ד'] דמנ"ל לאפושי פלוגתא בין הרמב"ם לרא"ה, וגם במתנה בעל השליחות משום ספיקא, דבממונא קיי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע, ומוקמינן בחזקת מרא קמא, [ע"פ דברי ריטב"א קידושין (ז') ועוד הרבה ראשונים המובאים בפנים (בהגה ג') יש לתת מקום לדברי התומ"ח (ר"ס ק"כ) להצילו מתמיהת הת"ג עליו, וכן מצאתי בבית מאיר שם]:

סימן לח

מש"כ בפנים בהגהה ראיה מכתובה, הגם דכתובה שאני שהוא תנאי בית דין, ועביד היכא דמחפים לררי, ראייתו הוא לשיטת מהרש"ך מובא במל"מ [פ' י"א מה' מלוה הלכה ו'], ועי' בנתיבות [ס"ס מ"א] בזה: ובעיקר הדבר אשר כללא כייל לן האמו"ר זללה"ה, לכאורה קשה מכל הסוגיא דמלא שט"ח, דחיישינן לפסידא דלקוחות בשט"ח שנמלא או בגט אשה ושיחרור ושובר, ולא אמרינן דהם כהנשים ממולעים ולא חיישינן להו, אבל לקושטא לא דמי, דטריפת לקוחות הוא סעיף וענף מגוף השטר, דכיש בו אחריות נכתב בפירוש בשטר לטרוף מהם, או באין בו אחריות לחכמים דס"ל אחריות טעות סופר הוא וכן פסקינן, דהוי כאילו נכתב בפירוש, ולהכי חיישינן לזה כיון שהוא דבר שהוא לפנינו, דילמא מוקדם הוא או לפרעון לדידן, ויגבה מהם שלא כדין, וכן בגט אשה ושיחרור נהי דעיקר הגט הוא לאישות ועבדות, מ"מ מפרטי הגט הוא שלא יגיע לו עוד פירות שלה ושל העבד, מה שימלאו בביתו משלהם, או שימכור, [ועי' ברשב"א גיטין סוגיא דזמן, שחוכך מירושלמי לפסול הגט אם משייר הפירות לעצמו], והיאך נחזור הגט שנפל שמא הוא שלא כדין, וכמו כן בשובר, דמרע לשטר אם ילא מתחת ידו או מבאי כחו, וע"כ יש לחוש דלגבי לקוחות הוי שלא כדין, משא"כ לחוש דהשטר הושלש ביד אחר, דזהו ענין וחשש אשר אינו לפנינו ואינו עומד לזה, לכא לא חיישי', וראיה לזה דהא גם בליכא ריעותא דנפילה פסלינן מוקדם בשט"ח, ובגט, ושובר, משום חששא דלקוחות [ועי' בש"ך (סי' כ"ד ס"ק ח') דמכשיר שובר מוקדם, וזהו למסקנא דש"ס דגם בנפל מחזירין משום דליתא לדשמואל, ועי' בתומים שם] הרי דהוא דבר אשר לפנינו ויש לחוש לזה

לזה, רק דבנפל, מחמת ריעותא דנפילה חיישינן דהוא מוקדם, דהוא חשש שיש בין המלוה ולוה :

בסימן לט מ"ש אאמו"ר זללה"ה ראיה מש"ע גבי כולהו, וא"ל דבשנים לא קפיד רק משום תקנת ר"ג א"כ קשיא לר"ל. ויש לעמוד בזה דלהכי בעשרה גם לר"ל כשמת אחד מהם הגט בטל, כיון דמתקנת ר' גמליאל שני בשנים, על כרחך קפיד שיהיה דוקא עשרה עדים, אבל באמר לשנים, לעולם אמרי' דכוונתו רק לקיים תקנת ר"ג, ואולי כיון דלר"ל כל כוונתו של בעל היה שלא תהיה עדות שלימה רק אם יחתמו כל העשרה בתורת עדים, כדמשמע מלשון רש"י גיטין [ה"י] ד"ה מאן דאמר, וא"כ בשלמא אם גם באמר לשנים חתמו הקפיד בדוקא שיחתמו שניהם ואם מת אחד מהם קודם החתימה הגט בטל, הס"ד בעשרה כיון דכוונתו היתה שלא תהיה עדותן שלימה עד שיחתמו כולם, עשה לכל העשרה כמו שני עדים בכל הגט, ולהכי שפיר בטל הגט באם מת אחד מעשרה, אבל אם נאמר דבשנים חתמו, לא הקפיד בדוקא, ואי ימות א' מהם הגט כשר, למה נאמר דבעשרה יבטל הגט כשמת א' מהם, הלא כל כוונתו היה רק שלא תהיה עדותן שלימה, אבל לא לפסול את הגט עי"ז, ומה בכך דאין עדותן שלימה הלא לא בעינן עידי חתימה רק לכתחלה, אלא וודאי דגם בשנים היתה הקפידה בדווקא וכהנ"ל, וכן פשוט ליה לתורת גיטין [סי' ק"כ ס"ק כ'] דשנים ככולהם דמי :

שם [באות הנ"ל] מביא ראיה להכריח מסוגיא דגיטין [ע"א] ומתוס', דשינו מליווי הבעל בכתיבה או בחתימה דהגט בטל, והא דכתב הב"ש [סי' ק"כ ס"ק ז'] דשינה בחתימה הוי רק פסול, עיין בתורת גיטין שם שתמה עליו, ופירש דאיירי דאמר תנו לבד, ובפר"ח שם [ס"ק פ"ז תד"ה כללא דמלתא] מבואר דגם בזה הגט בטל, וכן על דברי ב"ש [סי' ק"ל ס"ק כ"ט] כל האחרונים לעקו כהרוכיא, הבית מאיר ואבני מלואים חלק ב' בתשובותיו [סי' ד'] ובת"ג שם, ופירשו דאיירי באומר כתבו ותנו, או שנתן בפירוש הברירה בידם שיהיה על ידי עדי חתימה או עדי מסירה בלבד, אך ק"ל מלישנא דרמב"ם [פ"ב מה"ג הלכה ה'] וז"ל אבל אם אמרו הם לסופר וכתב ולעדים וחתמו אע"פ שחזרו ונתנוהו לבעל וחזר ונתן גט זה לאשתו בפני עדים הרי זה גט בטל שהרי כתבו מי שלא אמר לו הבעל לכותבו עכ"ל, משמע דביטול הוא רק משום שינוי בכתיבה ולא בחתימה, וכאשר רמז ע"ז בפנים, אכן כיון דלישנא דהרמב"ם באמרו הם לסופר וכתב ולעדים וחתמו, על כרחו הוא וי"ו המחלקת, דבשינוי בכתיבה לבד ג"כ הגט בטל, ואם נימא דכוונת הרמב"ם הוא רק על הכתיבה, א"כ לא סיים כלום הפסק על שינוי בחתימה אי פסול, אלא בע"כ דסיום דברי הרמב"ם קאי על שניהם, ובשניהם בטל, או ע"פ מש"כ בתו"ג [סי' ק"כ ס"ק כ'] ע"ד הב"ש באומר אמרו מדעתכם כיון דנתנו לבעל בחזרה ונתרצה ע"ז יעויי"ש, אבל בנדון דידן שהבעל הלך לדרכו אזי גם בחתימה הגט בטל :

עוד בה הקשה בפנים דנפשט האיבעיא ממשנה דפ' מ"ש, איפשר לומר דזה מיתלא תליא בלדדי האיבעיא, אי אמרינן דכתבו כת"י מוקמינן המשנה כר"א, ואם כתבו כתב הגט אתיא המשנה כר"מ : ומה שתירץ בפנים ע"ז, עיין בב"ש [סי' ק"כ ס"ק ז'] ובת"ג שם שהשגי' בדבריו, ועיין בב"ש [ריש סי' קכ"ג] שהקשה מברייתא דגיטין [ע"ב] דאתיא דלא כר"מ ולא כר"י, והאמנם כי רחוק להעמיס בכוונת ב"ש דקושייתו קאי על תירוץ ראשון של תוס' וכמ"ש בפנים, עכ"ז קושיית הב"ש אינו מנגד לסברא זו דהיכא דשינו מליווי הבעל גרע, רק קושייתו קאי דמלישנא דברייתא משמע דלעולם הגט בטל אם לא שמעו בקולו, ואפילו אם הבעל לא ציוה כלל לכתוב, וכתב אחד, או חתמו העדים בלי ידיעתו, הרי זה הגט בטל, אתיא דלא כר"מ דבכתיבה אפילו מלאו באשפה כשר, ולר"א בחתימה הוי רק פסול משום מזוייף מתוכו :

באות ב מ"ש לתרץ שיטת תוס' דשליחות בכתב מהני בגט, והגם כי הראשונים הביאו שיטת תוס' דשלא ממה"י לסופר ולעדים ג"כ מהני, אבל לאסר כי לא מלאו מבואר זאת בתוס', [וכ"מ בריטב"א ורשב"א גיטין שם, שהם המליאו משיטת תוס' כן, בעבור כי לא אחזו לחלק בסברא הזאת], וע"כ הקשו מהתוספתא, ולמען הליל שיטת רבותינו בעלי התוס' מהשגה רבה כזה איפשר לחלק כן, ועיין בתורת גיטין [סי' ק"כ ס"ק כ"ד] :

באות ג ביאור בתוס' גיטין, ובנתנו לה גט בע"כ לא קשיא להו לרבי ירמיה כיון דלא בעי דעתה כלל הוי בוודאי לשמה, אבל מהאומר תנו גט זה, שפיר הביאו ראיה דאי ס"ד כיון דבעינן דעת הבעל על כו"ח, לא הוי לשמה עד שישמעו בקולו, ולא ע"י הרכנה, הס"ד בנתינה כיון דאין נעשה שלוחה בע"כ רק מדעתה, ממילא לא הוי נתינתו לשמה כיון דלא שמע בפירוש משלוחה שנתרצית, וקשיא לר' ירמיה :

באות ד על מ"ש אאמו"ר אע"ג דבעיקר הגט מתכוין לטובתה, במאי שהתנה אמרינן דלצעורי קא מיכוון, יש לעיין מרש"י גיטין (ע"ד :) ד"ה דלצעורה, וז"ל דהשתא מגרש את אשתו מתוך איבה הוא מגרשה, הלכך מספיקא אמרינן לצעורה איכוון וכו', [ועיי' בב"ח (ריש סי' קמ"ג) ובבית מאיר (שם ס"כ) שדייקו מדברי רש"י אלו לדינא דהא דאמרינן לצעורי קא מיכוון הוא רק מחמת ספק], וא"כ ממילא יש להשיב על מ"ש בפנים לתרץ קושיי' קלוה"ח, דהא קתני במשנה דהגט בטל בוודאי, אבל כוונתו כיון דלדידן ל"א אונסא כמאן דעבד אפי' בממון, א"כ גם לגירסא של הירושלמי דר"י סובר כמאן דעבד, זהו היכא דליכא למיחש לצעורי, משא"כ בגט דאיכא חשש לצעורי גם באמר בפירוש הריני כאילו התקבלתי, מסתברא דבוודאי לא היה דעתו שקיום התנאי ע"י אונס יחשב קיום היכא דלא מחל התנאי, ולכן הגט בטל בוודאי, ועיין בבית שמואל (שם ס"ק ח) שהכריע עפ"י רוב הפוסקים דמחולין לך לא מהני בגט והגט בטל :

עוד שם מביא דברי ירושלמי דפלוגתא דרשב"ג ורבנן הוא אי אונסא כמאן דעבד, ורבנן דס"ל התם אונסא כמאן דלא עבד אפי' היכא דלהרווחה קמיכוון, ובריש בעל מנת שתשמשי את אבא ומת ה"ז גט, איירי בשמשה יום אחד וכשיטת הרמב"ם [פ"ח מה"ג הלכה י"ט כ'] :

באות ה כתב להשוות דעת תוס' ור"ן יחדיו, ועיין בפנים לעיל (סי' י"ב אות ו) תמן שנה לן רבינו בחילוק יותר מרווח, וגם לפמ"ש שם (אות ט') ניחא כאן, דעי"ז ידחה הכפייה לגנרי, ועוד איפשר משום דגבי בע"ח פסקינן דמכאן ולהבא הוא גובה כיון דמלי לסלוקי בזוזי, ובפרט דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא לא (?) — [reading:] ובפרט דלמ"ד שיעבודא ל"ד בוודאי מכאן ולהבא ה"ג, [ועיין תוס' גיטין (נ') ד"ה כיון, ובפנ"י שם מה שתמה בזה], וספיקו של הר"ן הוא אליבא דס"ל שיעבודא ל"ד :

באות ו מ"ש ראיה מש"ס נדרים דאפי' היכא שנפסל בדיעבד ע"י מחשבת פסול ריבה רחמנא דלא תתבטל השליחות, הגם דמהתם י"ל דריבה רחמנא דמחשבת המקריב פוסלת אעפ"י שנתבטל השליחות, וכ"מ בפירוש הרא"ש שם, מ"מ מוכח דהשליחות קיים, כיון דבמחשבת פגול בשחט חוץ לזמנו אם עלה לא ירד [פ"ט דזבחים משנה ב'] ואי נתבטל השליחות, למה לא ירד, הא בשחיטת קדשים בעינן שליחות :

ומ"ש בפנים דראייתו הוא ממתן ד' ריש פ"ד דזבחים, לכאורה קשה דגבי מתן ד' שנתנן במתן א' לא הוי שינוי במעשה רק בסעדר ושב וא"ת, ואולי הראיה היא, דמשמע דהס"ד בהשיף בהזאות דכשר, וכ"מ בפ"ח דזבחים משנה י' בפלוגתא דר"א ור"י, ובכה"ג הוי שינוי במעשה, כמבואר בלישנא דמשנה שם :

בסימן מ במה שהלה הרב השואל לומר בטעמא דרבותינו משום חז"ה, ואאמו"ר זללה"ה לא בירר לו טעותו, רק פש"ל להיפוך, דמן הזרות לתלות בוקי סריקי בדעת רבותינו דבספיקא מתירין א"א לעלמא, ואין לומר דבאמת איכא חז"ה, משום דמיד שנתגרשה נתחזקה שתהיה מותרת לעלמא, כיון דהתנאי היה בשב וא"ת מוקמינן אחזקה שלא יהיה שינוי, [ועיין בנתיבות דיני תפיסה כלל כ"ג], אכן כיון דכל החזקה הי' מעיקרא רק באם לא ישונה הדבר מאשר הוא עתה, אבל אם ישונה, מעיקרא לא מחזקינן כלל בהיתרא, ואדרבא ידעינן דתאסר לעלמא כמו שהיתה בחזקת זקוקה קודם הגט, והשתא דנודע דהיה שינוי שהבעל מת בתוך י"ב חדש, והספק על לשון התנאי אם היה מעכשיו או באם, אסורה מכח חזקה, ועיין רשב"א יבמות [למ"ד :] גבי אשה זו בחז"ה לשוק עומדת :

שם בתחלת התשובה דגם לדבריו לק"מ. דבריו פשוטים, דהשואל הקשה ע"ד הב"ש, ע"ז השיב לו דגם אם נימא דלא כב"ש, ורבותינו לא פליגי עם ר' יוסי כלל, מ"מ א"א לומר דאיבעיא זו אי לאלתר הרי אי לא, מיתלא תליא בדין דזמנו ש"ם מוכיח עליו, דא"כ היאך הקשה הש"ס ותיבעי לך מתניתין, הלא תנא דמשנתנו בודאי לא ס"ל כר' יוסי :

ע"ש בסברת הש"ע בשכ"מ שהקדים כל נכסיו דהוי ס' אם הקנה ואוקי

ואוקי אחזמ"ק, ולא דמי לדברי תשובת הרשב"א [סי' תתקע"ב] גבי כרם, מובא בב"י חו"מ (סי' כ"ם מחודש י"ג), דהתם היכא שמוחזק בה ברשות וכמ"ש בזי"ר ח"ל [דף קע"ד אות ד' ה'], וכ"מ בנתיבות בדיני תפיסה (כלל כ"ב), ועוד דהתם מיירי בתנאי דהוי מילתא אחריתא, משא"כ הכא דאינו בגדר תנאי כלל רק שיור בגוף המתנה, דרק לאחר מותו נתנו לו, [ועיין בנתיבות סי' מ"ו ס"ק כ"ג], ולדעת הטור חו"מ (ריש סי' ר"נ) דמתנת שכ"מ קונה למפרע, הוכר בשכ"מ שהקדים כל נכסיו דלא כהפוסקים הנ"ל, רק כדעת אביו הרא"ש דאינו חוזר:

באות ב כ' בהגהה שם דהסיפא ל"ש ס"ס כיון דהוא מש"א, ועוד דאיכא חזקה דזקוקה ליבם. דבריו נפלאים דנהפוך הוא דהחזקה מסייע עוד לס"ס דלא נתגרשה, משום דהוי גט לאחר מיתה, וקרוב בעיני דהוא טעות המעתיק, וכצ"ל וא"ל משום דהוי הס"ס, ועוד דהוי כנגד חזקה וכו', ועל שניהם יחד כוונתו, דהנה קשה במתני' גיטין (דף ע"ב) דתני מהיום ולאח"מ חולצת ולא מתיבמת, משום ה' תנאי וחזרה, ולמה לא מוקמינן לה בחזקת זקוקה ליבם, וע"כ הטעם משום חומרא דרבנן החמירו גביה דלא ניזול בתר חזקה, וכ"מ בפירוש המשניות לרמב"ם [מדהביא כאן המשנה דיבמות וכולן שהיו לפני ה' גירושין וכו', דשפת יתר הוא, א"ו כיון דהתם גם' קידושין של הנ"ת פרוה מחמת חזקה מה"ת מתיבמת, ובגירושין למסקנא שם דמחמת חזקה מותרת לעלמא רק מחומרא אמרינן דחולצת ול"מ, או היכא דיש ס' גירושין על הזקוקה דמחמת חזקה מתיבמת, רק מחומרא ל"מ, כ"כ בפי' המשניות יבמות שם], וכ"כ בתשובת הרשב"א (סי' תקס"ג), וא"כ י"ל דהס"ד דהחמירו חז"ל דלא נסמוך אס"ס להתירה ליבם כיון דאיפשר בחליצה, [ול"ד לדברי רשב"ם ב"ב (קל"ד:) ד"ה ומשני, דא"א בענין אחר דלא ידעינן מאחים], לכן סיבב דבריו משניהם יחד, כיון דאיכא ס"ס וחזקה יחדיו, דס"ס הוי כרובא, ואיפשר דעדיף מרובא [רשב"א סי' ת"א], א"כ הוי האיסור מיעוטא דמיעוטא והוא מותרת ליבם אפי' מדרבנן, וע"ז כתב דס"ס ל"ה משום דהוא מש"א, ומחמת חזקה לחוד אין להתיר ליבם, כמו במהיום ולאח"מ, [ומלת חדא המוזכר בפנים הוסיף המעתיק מד"ע]:

שם [באות הנ"ל], מבאר בשני לשונות דרב הונא [ועפנ"י שם תוך ד"ה ואיכא], לכאורה קשה כיון דר' יוסי סובר גם בע"פ אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, הרי דזמנו ש"מ הוי כהתנה בפירוש, ובאות הקודם כתב לפרש דברי הב"ש דלר' יוסי הוי רק כאומדנא, אבל בלא כל אלה קשה על הב"ש מסוגיא זו כאשר עמד ע"ז בתורת גיטין שם (ס"ב), ואולי הא דפליך ודמסיק הש"ס התם דר"י סובר גם בע"פ, ובלאחר י"ב חדש, הוא דרבותינו סברי כן אליבא דר"י, ולכן ר"ה מספקא ליה אי הלכה כר"י בע"פ וכרבותינו דסברי הכי אליביה, או אין הלכה, וגם ר"י לא אמר כן מעולם, וכמ"ש הב"ש דמספקא לן לדינא, בלאחר י"ב חדש, וכולהו משום חד טעמא, כמ"ש בפנים, אי הוי כהתנה בפירוש, או דהוי רק כאומדנא:

עוד שם הקשה על הטור, עיי' בב"ש שם (בס"ק ד') ובת"ג שם יישב להקושיא, ולפמ"ש בפנים עפ"י דברי רשב"א, הקושיא עומדת על הטור:

בסימן מא

באות ב' ליישב שיטת הרבב"ן מטעם ס"ס, וגם דהוא נגד חזקה, מ"מ לא עדיף חזקה מגופו של איסור בוודאי, ועוד נשאר ספק א' דמותר בדרבנן, וכמ"ש הש"ך בג' ספיקות גבי דאורייתא, וכ"כ הנודע ביהודה (מה"ק ח' אה"ע סי' מ"ט), ועוד טעם שני משום דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א גם בלא ברי שלה, וכ"מ מתוס' כתובות (כ"ב:) ד"ה הבא, דלס"ד שם לא איירי בברי כלל, דבברי גם מת"ת פטורים, [ועיי' בפנ"י שם, מ"מ כיון דתוס' הביאו ראיה ממיתת הבעל דמתירין אותה אפי' ליכא עדים כלל ושם באחד שמעיד שמת בעלה, סמכינן על דיוקא דידה, גם בלא ברי שלה]:

אות ד ההגה ע"ד השואל שדימה עיגון ושעה"ד לדיעבד, ולכאורה מבואר זה בפירוש, דבמשאל"ם וע"א במלחמה דאם נשאת ל"ת ולכתחלה אסורה אפי' במק"ע (ש"ע סי' י"ז סעיף ל"ג), וכמה פעמים מלינו כזה שם, ויש לחלק דהתם הוקרו שניהם ביחד, דהיכא דהוי דיעבד הוי עיגון ג"כ, דאם תצא ממנו גם לאחר לא תנשא, ותהיה אסורה לכ"ע, ואיך נביא מזה ראיה להתיר בעיגון לבד, משא"כ בקיום, להפוסקים דבדיעבד ל"ת, גם אי לא הוי עיגון כגון באם תחזיר אחרי עדים המכירים חתימתם תמלא, או בהופכים אחרים, ואפ"ה א"ל, ע"ז תשוב החקירה אם גם בעיגון לחודיה

מותרת, והראיה [שמביא בפנים] מחליצה שפיר, כיון דאם נשאת לכהן מותרת בלא חליצה ולא הוי עיגון כיון דאיפשר בחליצה והאסורה רק לכהנים אבל לישראלים תהיה מותרת, רק מחמת דיעבד לבד מותרת לו, ואפ"ה במ"ע אינה מותרת בלא חליצה, הרי דמ"ע אינו שוה לדיעבד:

באות ו משיג על בעהמ"ח ספר יהושע, מש"ע יו"ד (סי' רס"ח ס"י) ומבואר בתשובת מיימוני (ה"ג סי' פ') דגם בכותי שייך הימנותא משום מילתא דעל"ג, ועמ"ש בזה בפנים (בסי' ל"ג):

עוד [באות הנ"ל] כ' כיון דא"כ להחמיר גם בדאו' הס"ד דא"כ להקל במ"ע ושעה"ד, זולת במיתת הבעל שראו חז"ל להאמין גם הפסולים להעיד אפילו להחמיר, כמבואר בראשונים הטעם, וכ"ז משום עיגונא, משא"כ גבי גירושין, וכמ"ש הרשב"א ריש גיטין (סד"ה והא דקאמרינן). ואפי' לשיטת הריטב"א ריש פ' האשה רבה וברמב"ם סוף ה' גירושין דע"א נאמן במיתת הבעל מן התורה משום מילתא דעל"ג, זהו בעד כשר, משא"כ גבי אשה ודכוותיה [וכמ"ש הנ"ב מהד"ק אהע"ז סי' ל"ג], ועוד יש לחלק בין על"ג במיתת הבעל לעל"ג גבי גט כמובן, ועמ"ש בזי"ר ח"א מובא בפנים (בסוף אות הקדוש):

בסימן מב

פי' בפנים [באות ג] דסוגיא דפ"ק דערכין איירי בס' אם הוא בן שמנה או שבעה, והא דמבואר בש"ע או"ח (סי' ש"ל ס"ז) דבס' אסור לחלל, התם משום שלא גמרו שעריו וצפרניו, ואיכא ריעותא מדאורייתא [וכמ"ש באות א], אבל ק"ק דהמג"א שם כ' (בס"ק ט"ו) דלהרמב"ן איירי סוגיא דערכין בכלו חדשיו, ואפ"ה מפורש בש"ס שם דלית ליה חזקה דחיותא, וא"ל דסובר כרש"י משום דעפ"י רוב הולד מיית ברישא דא"כ למה מחללין, לשיטתו דבס' אין מחללין, וע' בהגהות רע"א זצוקללה"ה בתמה שם על המג"א, ופירש בכוונת רמב"ן משום דעובר לאו מקרי נפש, אבל כשמתה אמו וכמאן דמנח בקופסא הוא, מקרי נפש ומחללין מחמת ספק, ולעולם איירי בלא כלו חדשיו, ועוד דבנ"ד איכא ע"א, א"כ לשיטת הרמב"ן גיטין (ס"ד) גבי קרובות אמרו לא נתקדשנו, ע"א נאמן בדבר שבערוה ולא איתחזק, לכן נהי דל"ל חזקה דחיותא מ"מ כיון דאינו מעיד נגד החזקה, ע"א מהימן לשיטתו. וכל החידוש הזה דעובר יש לו ח"ח צריך רק להחולקים על הרמב"ן, ע"כ הוסיף כיון דחזקה מסייע להעד כ"ע מודים דע"א נאמן גם בדבר שבערוה, וא"ל דהא הע"א מעיד נגד חזקת זקוקה ליבום, דהא איכא רוב דמתעברות ויולדות המסייע להעד, וכדאיתא בש"ס יבמות (קי"ט:), ועוד מסייע לו ה"ח דולד משעה שכלו לו חדשיו, ולדברי המג"א בדעת הרמב"ן דעובר ל"ל חזקה דחיותא הוי ש' שקול, מ"מ נאמן ע"א בדבר שבערוה, ובפרט דכ"ז צריך רק לשיטת רבינו אפרי, אבל רוב הפוסקים סוברים דע"א נאמן ביבמה, וע' בש"ע (סי' קנ"ז ס"ח) דעת הרמ"א דאין ע"א נאמן שניתן לבעלה בן, ובבית מאיר שם. אמנם התם רק רוב בלבד מסייע להעד, משא"כ בנ"ד כיון דבכבר כלו חדשיו מסייע גם הח"ח, ולרמב"ן הנ"ל י"ל דס"ל כרמב"ם ורשב"א ומחבר שם דע"א נאמן גם בניתן לו בן, או כמ"ש בפנים (באות ד) כיון שהוחזק עפ"י נשים:

שם [באות הנ"ל] הקשה ע"ד הרא"ש, כיון דבמיתת הבעל נאמן העד, ועל הבן ממנ"פ אם אין אתה מאמינו כלל, בוודאי אינה זקוקה ליבם, ואם נחוש שבזה מבקר במה שהקדים מיתת האב לבן, ודילמא היה להיפוך, הלא בזה אינו מעיד נגד החזקה כלל, ומצאתי מזה במפרשי הרא"ש:

חלק חושן משפט

בסימן מג

על חידושו דאאמו"ר זללה"ה דא"א למיחש שום דבר שיהיה לשני אנשים יחדיו זכותם שוה בשוה וזה יוכל להפקיע זכותו של זה אלא אי דמר לאו דמר, והביא ראיה לדינו של הראב"ד [ועמ"ש בזה לקמן בריש סי' שא"ז] גבי פנ"ז מדיכול הניזק למכור בעלי נזק גם קודם גמר דין, בשאלני אחד מתלמידיו החריף וכו' מו"ה יעקב נ"י מירושלים עס"ק תוב"ב, הא עדיין תיקשי מהאי נזק הא ביד המזיק להפקירו, ויעויין בשמ"ק ב"ק [י"ג:] ד"ה רבינא אמר דהביא בשם הראב"ד עצמו דיכול להפקירו ואם הפקירו פקע זכותו של ניזק עכ"ד. והנה קושייתו לא בלבד על זה הכלל קשה, כי גם על רבותינו בעלי תוס' יקשה, שחידשו בגיטין [מ':] דבשור הניזק

הניזק גם לר"י שהקדישו מוקדש רק משום דר' אבהו, כיון דלא מצי לסלוקי בזוזי גם לרבא אמרינן למפרע הוא גובה, הלא מ"מ בידו להפקירו ולהקדישו, וזה דין ברור בש"ע חו"מ [סי' ת"ו סעיף ג'] ולא הביא חולק בזה, ובוודאי גם דעת תוס' כן, [והא דהקדישו של מזיק מהני רק משום דר"א, ולא מדינא כדינו של הראב"ד, כבר הקשו האחרונים כן, ועמ"ש בתפארת ירושלים מס' ב"ק (אות מ"ה)], ולכאורה אפ"ל על מ"ש בפנים דנהי דהפקירו מהני, מ"מ מחויב לשלם משום מזיק, וגם דהוי קודם שעמדה בדין וע"י זה לא נגמר הדין להיות שלו, מ"מ גם קודם גמ"ד שיעבודו על השור ולא גרע ממזיק שיעבודו של חבירו דחייב לרוב הפוסקים, ועיין ש"ך [סי' שפ"ו ס"ק י"ב], וכיון דחייב לשלם הדרינן לכללא, וכמ"ש בפנים [באות ז'], אבל על תוס' קשה דמפרשי להברייתא דהמניח [ל"ג:] משום למפרע ה"ג, והתנא דברייתא סובר דהמזיק שיעבודו של חבירו פטור, כמבואר בש"ס שם, אולם גם על מ"ש בפנים קשה דהא לדעת הראב"ד קיימינן ואיהו סובר דהמזיק שיעבודו ש"ח פטור [מובא בש"ך שם], ובפרט אי המזיק שיעבודו ש"ח חייב רק מדינא דגרמי ודינא דגרמי ל"ה רק מדרבנן, ואיך נפרנס הכתוב ומכרו את השור החי שהניזק יכול למכור, הלא מן התורה המזיק יכול להפקיעו ע"י הפקר וא"צ לשלם לו מאומה, והנראה לי אחר עיון לפענ"ד, דהנה קשה למה מועיל ההפקר וההקדש של המזיק הלא הוי אינו שלו כיון דמכירתו אינו מועיל, [ומצאתי שכבר תמה בזה מהר"י כ"ץ בשמ"ק שם], והרי חזינן גבי בע"ח במכר שלוה מטלטליו דאין המלוה גובה, ובהקדיש והפקיר גובה, כמ"ש תוס' ערכין [כ"ג:] ד"ה משום, וגם בהפקר גובה כמ"ש הרשב"א ב"ק [מ"ט:] גבי משכונו של גר, [מובא בפנים בליקוטי הגהות והערות ובזי"ר ח"ר דף כ"ד ריש אות י'] ובכאן נאמר להיפוך, דהקדש והפקר מועיל ומכירתו לא מהני, כמ"ש בש"ע [סי' ת"ו סעיף ד'], וע"כ לומר דלעולם הוי אינו שלו לכל דבר, אך דמיתלי תליא בהעמדה בדין, ועוד אינו ברור כי שמא לא יצא חייב בב"ד ע"י שאי העדים בדרישה וחקירה, וכמ"ש תוס' ב"ק [ל"ג] ד"ה איכא בינייהו, והוא מש"ס מכות [ה'] ובתוס' שם ד"ה וכן, וא"כ הפקיר והקדיש רק לד זכותו שיש לו בהשור אם לא יצא מב"ד חייב, ולזה בוודאי הוי שלו להפקירו ולמוכרו, וכיון דכן אם ירצה הניזק להעמיד את המזיק בדין שוב לא יוכל כיון דאתו אין לו מאומה בהשור הזה גם אם יצא זכאי, ואת מי שזכה בו אין להעמיד כיון דהם לא הוי הבעלים משעת הניזק, ולכן הוסב הדבר שלא יוכל להיות העמדה בדין כלל וממילא זכה בה הזוכה מן ההפקר לחלוטין, והה"ד בהקדישו, משא"כ במכר דיוכל להיות העמדה בדין דעוד הם בעלים הראשונים נקרא ע"ז, [וכמ"ש בשמ"ק שם בשם רבינו יונתן ז"ל], ועתה נכון מאד להבין דברי תוס' ב"ק הנ"ל ומ"ש בפנים, דמה דיוכל המזיק להפקיר ולהקדיש זה לא הוי כלל כחו וזכיתו להפקיע זכותו של הניזק, כיון דהוי אינו שלו, רק דהפקירו והקדישו באם לא יהיה לניזק [דהיינו באם לא יצא מב"ד חייב] ומה שהוסב ע"י זה, לא כחו ועוצם ידו עשה אלה, רק ממילא, וזה יצא מן הכלל הזה, לכן אמרינן שפיר כיון דהמזיק לא הקדיש והפקיר והוי העמדה בדין איגלאי מילתא למפרע שהיה שלו ומכירתו והקדישו של הניזק דידיה הוא דאקדים:

[ובזה יתיישב ג"כ מה שיש להקשות דלמה יועיל הפקירו להסוברים דמקח בנפשה באיסור ל"מ (בש"ע יו"ד סי' ר"ל ברמ"א), דבשלמא בליה שנתן מטלטליו מהני ול"א דמבטל המלוה דפריעת בע"ח, כיון דהשיעבוד המלוה היא רק ע"י מקרה שאין לו עוד נכסים, ואילו יהיה לו עוד, ותו לא נקרא מבטל הדבר, (ועיין בזי"ר ח"ר בדיני דאין איסור חפ"א ס' ו' אות ט'), אבל בשור תם דאינו משלם רק מגופו בזה עובר על רצון התורה בפועל במה שהפקירו, ולפי הנ"ל ניחא, דהוא לא הפקיר רק זכותו באם לא יהיה העמדה בדין וזה רשאי רק שהוסב פני הדבר ממילא דאינו יכול להיות העמדה בדין]:

וזה לא קשיא על תוס' גיטין הנ"ל דהא בידו להפקיע חיובו אם יודה, דהא תוס' ב"ק [ל"ג] כבר תירצו זה, ועמ"ש בפנים [באות י'], ובלא זה ג"כ ניחא, דהא בפנ"ז אינו מחייב את עצמו בקרן, אם לא שנאמר אתת משניהם או משום העדאה שאח"כ, וכמ"ש בסמוך, או ע"פ שיטת הראב"ד, ודברי תוס' גיטין הם נובעים מר"י, ור"י מספקא ליה בב"ק אי נעשה מועד שלא בפני חיוב, ומספיקא פטור מלשלם הנזק שלם, ולשיטת הראב"ד לא הוי בידו להפקיע זכותו של הניזק, כיון דאומרים לו דחייב הוא וכמ"ש בפנים:

מ"ש בפנים [באות א'] בהגה"ה דבפנ"ז מיקרי מחייב את עצמו בקרן לענין העדאה שאחר כך, ומביא כן בשם הנ"ב, לכאורה תמוהים ד"ק, דע"י הבעלים בוודאי לא נעשה מועד, וכן מבואר בתוס' ב"ק [מ"א] ד"ה מאחר וברשב"א שם מברייתא דפ"ב דב"ק, וי"ל דהא היכא דמכירין את בעל השור ואין מכירין את השור מייעדי ליה ואמרינן ליה תורא נגחנא אית לך בבקרך איבעי לך לנטורי לכולי בקרא כדאיתא בש"ס [שם ובדף כ"ד:] יעו"ש ברשב"א ובתוס' ד"ה במכירין דאפילו לא הכירוהו מיד בעת שהעידו על נגיחה ראשונה וכו' והכירוהו רק אחר נגיחה רביעית דהוא אותו השור שנגח מחוייב נזק שלם דמ"מ נעשה מועד ע"פ עדים שמייעדים ליה דחייב לשמור כל השוורים שלו, וא"כ מסתברא אם הבעלים בעצמם מודים דזהו השור שנגח ג' פעמים חייב נ"ש, דהא מועד נעשה על פי עדים דהתרו אותו בב"ד הו"ל לנטורי כולי בקרא, רק דלא מחייבינן ליה דילמא בכל פעם נגח שור אחר, וע"י הודאתו מתחייב לשלם נ"ש, וע"ז ל"ה מודה בקנס, דכיון דתשלומי מועד ל"ה קנס, דהא דאין נעשה מועד ע"פ בעלים, זהו כשלא היו עדים לא מייעדי ליה לתורא על פי הודאתו לבד, אבל בכה"ג דגם בלא הודאתו היו מייעדים ליה כמבואר בש"ס הנ"ל, רק דתשלומין לא נוכל לחייבו ע"פ עדים לבד דשמא לא זה שנגח בפעם ראשונה נגח בשניה, ובהודאתו נודע כי שור נגח הוא מתמול שלשום, הוי רק מודה בתשלומי נזק שלם דזהו ל"ה קנסא, ואם כיוונו דברי בזה, הה"ד להיפוך באם מודה שזה השור נגח קודם שבאו עדים, ואח"כ באו עדים שאחד משוורים שלו נגח ואין מכירין את השור דמהני הודאתו באם יגח בפעם רביעית דחייב נ"ש, ולכן שפיר כתבו דמיקרי מחייב עצמו בקרן, דאיכא נפקותא בהודאתו, אם יבואו עדים ולא יכירוהו דמהני הודאתו לחייבו נ"ש דגם בלא הודאתו הוי מייעדין ליה כהנ"ל, ואז גם אם באו עדים אח"כ והכירו את השור מ"מ מיקרי מחייב א"ע בקרן, כיון דאיכא נפקותא בהודאתו אם לא יכירוהו, וע"ז כתב בפנים דלפי דברי ר"י דמספקא דאולי לא נעשה מועד רק בפני חיוב ומספיקא פטור מלשלם הנזק שלם ממילא כיון דע"י הודאתו נפטר לגמרי [לפום דנקטינן השתא דלא כראב"ד] בוודאי לא נעשה מועד ע"פ הודאתו גם בכה"ג כיון דעל חצי נזק נפטר בהודאתו, ועי' בים"ש [פ"ב סי' כ"ח] דהכריע בספיקו של ר"י דנעשה מועד גם שלא בפני חיוב, וא"ל מתוס' ב"ק ד"ה אי תם שכתבו סתמא דלמ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ליתא לפירכא דאי תם הוי מודינא ומיפטרינא, דמשמע בין למ"ד דבכל מקום חייב באח"כ באו עדים וגם אליבא דרב המנונא דאמר דמסתברא מילתא דרב דפטור רק במחייב א"ע בקרן, אבל באינו מחייב א"ע בקרן חייב, הרי דכתבו בתוס' דלא מיקרי מחייב א"ע בקרן גבי פנ"ז, ע"ז כתב דהתם בשואל שאני, ועיין בש"ס ב"ק [י"ד:] דמקשה הניחא וכו' אלא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב מאי איכא למימר, דהשם יש לדקדק זה, ול"ש התירוץ:

[**הנה** המל"מ (פ"ג מה' גניבה הלכה ח') תמה על רבינו הרמב"ם דפסק שם כרב המנונא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים לא מיפטר רק היכא דמחייב א"ע בקרן, ובפ"ה מה' שבועות פוסק דמשביע עדי קנס פטור מק"ש העדות, והוי תרתי דסתרן אהדדי, דבקנס שאינו מחייב א"ע בקרן ל"מ בהודאתו, ואי איירי הרמב"ם בקנס שמחייב עצמו בקרן, יתחייבו בק"ש העדות, שמפסידים לו הקרן, ולהנ"ל י"ל דהרמב"ם איירי בפנ"ז, דמיקרי מחייב א"ע בקרן, דאיכא נפקותא [illegible] לענין העדאה (אם לא יכירו העדים את השור בלתי הודאתו) ומ"מ התובע שהשביע להם אין לו שום טענה על העדים, שעכשיו לא הפסידו לו כלל, כיון דאם יודה יהיה פטור לגמרי, ומה בלע לו במה שיהיה נפקותא להעדאה שאח"כ, אבל לפי מ"ש המ"מ (פ"ט מה' נזקי ממון הלכה י"א) דהרמב"ם סובר ג"כ כהראב"ד דפנ"ז שאני מבאר קנסות, דמהני תפיסה בהודאתו לבד, א"כ ליתא לתירוץ זה, דהא הם הפסידו לו התפיסה, וגם הב"ד יאמרו לו שחייב הוא, ועמ"ש בפנים בליקוטי הגהות והערות ליישב דברי רמב"ם אלו בנקודה נפלאה]:

באות ב הביא ראיה דגם לשיטת בעה"מ ל"מ מכירתה מעכשיו דאל"כ גם גבי בכור ליה ראוי, א"ל דהא השתא אחזינן במשקל דינא דדעת בעה"מ הוא אע"ג דיכול השני להפקיע מ"מ היכא דלא הפקיע מהני מכירתו מעכשיו, ואפ"ה נאמר דהוי ראוי כיון דאין בידה לתת שמא תמכור השבחא לאחרים, אך ז"א דהא אפי' לגבי בכור טעמא דראוי דמתנה קרייה רחמנא וכל היכא דמתנתו מועיל זכה הבכור במתנה בזיכתה לו התורה, וכיון דמ"מ כאשר נסתיים שלא נתנה השבחא מהני מתנתה, ממילא דזכה במתנה דרחמנא, וכל

וכל היכא דל"ה ראוי לגבי בכור מכ"ש לגבי בעל :

באות ד כ' בהגה"ה שם, וכעין דמליץ וכו', הכוונה דבדבר שאין בו ממש יוכל לשייר לעצמו ולאחרים אינו יכול להקנות ואפי' להורים א"י כמ"ש בש"ע (סי' רי"ד סעיף ה') ובסמ"ע (שם ס"ק כ"ו ובס"ס רע"ו), ובע"ה היכא דיש לו מבואר בש"ס רע"ו בקלס"ה בשם של"ה דא"י להורים ולהקנות, ובדבר שא"ב במלוה, דהמלוה קונה שיעבודו ואינו מקנה במלוה ע"פ זולת מתקנתא דרבנן במעמ"ש, וגם במלוה בשטר כתבו תוס' ב"ב (ע"ז) סד"ה קנו טעם זה, והדמיון לדשלב"ע, לכאורה קשה דהא דאינו מקנה לחבירו פירות דקל ואינהו יש לו, הוא משום דגוף האילן שלו, וגם בכפל הוא משום זה, ואי מקנה לו גוף הפרה בעודה ברשותו או האילן, גם הוא קונה הכפל והפירות דקל, אבל נראה דהראי' הוא מירושה, וכמ"ש הר"ן ריש פ' הכותב וז"ל דכיון שראוי ליורשו בכל שעה הרי הוא כאילו זכה בה לענין דלא סגי בסילוק אלא או במכר או במתנה, וא"ה שהרי לא זכה בה לגמרי ולא באה ברשותו שיוכל להקנותו, הרי כמ"ש בפנים :

באות ו כתוב דבנכרי שלוה מישראל ע"ח והרהינהו אצלו ואמר ליה מטלטליו דכולו תנאי הוא, כן כתוב במק"ח (ר"ס תמ"א) דאלת"ה נתבטלה ההלואה מכל וכל ולא שייך בזה נכרי שהלוה, אבל לא הבנתי דבריהם הקדושים דברמב"ן במלחמות ה' משמע להיפוך, וז"ל אלא הא דאוקימנא מתניתין בדא"ל מטלטליו היינו דאמר ליה אם לא הבאתי לך מכאן ועד יום פלוני הרי הוא שלך מטלטליו בסלע שהלויתני עליו ומשעת הרהינה קנה דמשיכה בנכרי קונה, והרי זה כמכר בעל מנת עכ"ל, ודוחק לומר דכוונת הרמב"ן דהוי רק בדמיון מכירה על תנאי, אבל המכירה אינו אל מטלטליו, רק כשהגיע הזמן קונה למפרע משעת הרהינה, ואפ"ל מ"ש בפנים, דהרמב"ן לא כתב זאת רק בנכרי שהלוה לישראל, וטעמא כיון דאם כוונתו כן יעבור הישראל וכמ"ש המק"ח בעצמו שם, וע"כ כוונתו שלא יעבור בב"י, לכן אמרינן דהקנה לו מטלטליו ע"ת באם לא יפרע לו משא"כ בישראל שהלוה לנכרי, [ודומה לזה מצינו בתוס' בכורות ח"י ע"ב ד"ה אקנויי בתירוצם הראשון, ובתוי"ט מס' ב"מ (פ"י מ"ה) גבי איסור בל תלין עי"ש] :

באות ז מ"ש דגם לרבא היכא דל"מ לסלוקי בלא כלום רק במעות אמרינן למה"ג דמה לי הן או דמיהן, אין להקשות ע"ז דהא כל טעמו של רבא דאמרינן מכאן ולהבא ה"ג הוא משום דמלי לסלוקי בזוזי, הרי דלרבא ל"מ מה שצריך ליתן לו מעות, אשר בעבור זה יהיה שלו למפרע, דהתם גבי בע"ח מה שנותן לו מעות אינו תמורת קרקעותיו או אפותיקי שלו רק פריעת החוב שחייב לו, דהרי גם ביש לו בני חורין יכול לתת לו המעות משא"כ באילטלא ודכוותיה דמיניה דידיה גובית הנכסי ל"ב ול"מ לסלוקי בזוזי, וכיון דיש לה קנין לזה אמרינן שפיר דמה שיכולים לסלקה במכרו הוא חליפת ותמורת הנל"ב, דמה לי הן או דמיהן, ולכן כתבו תוס' הטעם באילטלא רק משום דיכולים להשתמש :

מ"ש בפנים [באות הנ"ל בהתחלתו] דהרמב"ן מסופק אולי בחמץ שעבר עליו הפסח אזלינן בתר דינא דאורייי', ל"ק ע"ז מדברי רמב"ן בחידושיו ריש פסחים ובפירושו על התורה דסובר כשיטת הגאונים, וכ' בהדיא דמכ"ן משמע דאסור עכ"פ מדרבנן עי"ש הרי דסו"ע אזלא דגם מחמת דינא דרבנן אסיר לאחה"פ, דז"א דבדינא דגאונים שאני, דחכמים עשאוהו והחמירו כאן גבי חמץ, אמרינן דעשאוהו כשל תורה דיאסר גם לאחה"פ דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דכל אחד יפקיד חמצו אצל נכרי, אבל לענין למפס"ג במטלטלין, דחכמים עשו זאת בעלמא דמטלטלי דיתמי ושמכר, לבע"ח לא משתעבדי, ורק כעת נוגע לענין החמץ, לכן יש לספק בזה דלגבי חמץ אזלינן בתר ד"ת, גם א"ל דהא כל דבר שבממון שהפקיעו חז"ל נגד ד"ת הוא מטעם הפב"ד [וכמ"ש בפנים במקומות שונות], וא"כ הוי כדאורייי' ממש לכל דבר, דהא כל המקור לזה הוא מש"ס גיטין (ל"ו :) מאמירא דרבא שם, אבל לאביי דמבני דהא דתקנו רבנן דשביעית משמטת בזה"ז הוא משום דשוא"ת שאני, וס"ל דלהעמיד ביד המוחזק הוי שוא"ת, לכן כיון דדברי הרמב"ן במלחמות הובאים לאביי ואיהו ס"ל דיכולים חז"ל לתקן כגון במטלטלי שמכר או הורים דאינו יכול הבעל חוב לגבות מחמת תקנתם בלבד כיון דהוי שוא"ת, ולא מהפב"ד, וממילא דיש לומר דלגבי חמץ שעבר עליו הפסח אזלינן ביה בתר דינא דאורייתא :

בסימן מד

בסימן מד בשמעתא דפנ"ז, [עיין ברש"י ב"ק (טו.) בריש הסוגיא ד"ה ממונא שכתב ונפ"מ דאי מודה מקמי דאתי סהדי לא מיפטר, והנ"י שם תמה ע"ז דלמה ליה לרש"י להכניס עצמו בפלוגתא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים אי פטור או חייב, דהא בלא"ה מיפרשא שפיר דנפ"מ למודה מפי עצמו, ועוד דלמה דילג רש"י ונייר היכא שמודה ובאו עדים, הלא מיד בהודאתו לבד איכא נפקותא, אכן עפ"י דברי הראב"ד מובא בשמ"ק בסוגיין שחידש דדינא דפנ"ז שאני משאר קנסות דב"ד אומרים לו שישלם רק אין יורדין לנכסיו, ומ"מ מהני תפיסת הניזק (ובפנים סי' מ"ג האריך בדברי ראב"ד אלו) ואם נאמר דגם רש"י סובר כן, יש ליישב בפשטא את הקושיות האלו, דנהי דמ"מ איכא נפקותא בהודאתו לבד לענין תפיסה, מ"מ לא שכיח שיודה מעצמו רק אם רוצה לקיים כפי הדין, ואז ליכא נפקותא כיון דאמרים לו דחייב הוא, אבל אם אינו רוצה לקיים הדין, למה לו שיודה ולסרב נגד הפסק דין, וגם דאולי יתפוס חבירו ממנו, הלא שתיקה יפה מדיבורו, ולכן לא כתב רש"י נפ"מ דל"ש, וכתב הנפקותא רק היכא דאיכא עדים, היכא דעדים ממשמשים ובאים או שידוע לו שיבואו עדים, אזי שכיח שיודה, הגם שרוצה לסרב נגד הפסק, דירא להמתין עד שיבואו עדים ויעידו דאז יוציאו הב"ד ממנו בע"כ, וטוב לפניו שיודה פכשיו, דגם אם באו עדים אח"כ אין מוציאין ממנו, דבזה מהני הודאתו שהודה קודם שבאו העדים, ולכאורה י"ל דנפקותא של רש"י נפשטה אפי' למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, היכא דהודה ואמר בפניכם הזיק שורי, דאזי למ"ד קנסא הוא ל"מ עדותן משום דהוי עדות שאא"ל, כמבואר בש"ס ב"ק (ע"ה:) והכי פסקינן, אבל למ"ד ממונא נהי דלא בעינן בממון עדות שאא"ל, מ"מ מתחייב בהודאתו (ועיין בתפארת ירושלים מס' מכות אות ב' מ"ש לתרץ קושיית העולם במשביע עדי קנס), אך ז"א דמ"מ דברי רש"י הם בפלוגתא דסומכוס ורבנן, דסומכוס ס"ל דגם באמר בפניכם הוי עדות, וק"ק ע"ד הראב"ד הנ"ל מקושיית הש"ס בסוגיין למ"ד פנ"ז קנסא דליהני זה הכלל כל שאינו משלם כמה שהזיק דמשמע פחות ומשמע יותר, הלא חלוקים זה מזה, דביותר ממה בהזיק אינו מחוייב כלל, והב"ד אומרים לו כן, וגם תפיסתו דאידך לא מהני, אבל בפחות ממה שהזיק הב"ד אומרים לו שהוא חייב לשלם ותפיסה מהני לשיטת הראב"ד, ע"כ לא מתחינהו ההגא בחדא מחתא] :

על מ"ש האמו"ר זללה"ה דע"כ הא דתפיסתו מהני משום דזכה למפרע דבלא"ה אין מקום לתפיסה זו, א"ל כיון דתפיסתו הוי כגמר דין, וא"כ חל החיוב והגמר דין בבת אחת, אך הלא מבואר ברמב"ד [פ"ב מהלכות גניבה ה' י"ב] דבספיקא דדינא בקנס ל"מ תפיסה משום דלא הוי גמר דין, ול"א כמו דבממון ג"כ לא מלי עביד איניש דינא לנפשיה, אפ"ה מועיל התפיסה מספיקא, הה"ד בקנס, וע"כ הטעם דבממון דלאותו צד דחייב הנתבע כבר חל החיוב, אבל בקנס דלא חל עוד החיוב כלל ל"מ תפיסתו, וא"כ למה מועיל תפיסה בקנס, השתא דליכא מומחין, אלא ע"כ משום דזכה למפרע, אבל בספיקא דדינא לא תיקנו חכמים, ולהכי כתב הראב"ד דל"מ התפיסה בקנס מספיקא, [ויש להעיר בדברי הש"ש (שמעתא ד' פ' י"ד) יעו"ש, דגבי תם גם הראב"ד מודה כיון דזכה למפרע] :

עוד שם דהפב"ד גבי קנס הוא מעכשיו בשעת הנזק ולכשיתפוס, כיון דבהפב"ד ל"א רק באופן דמועיל מדעת הבע"ד, לא קשיא מירושלמי מובא ברשב"א גיטין [דף ע"ב:] דהבקר מעכשיו ולאחר ל' יום לרבנן אינו הבקר, [וכתבו האחרונים הטעם משום דהפקר ילפי' משביעית וכיון דלא הוי הפקר לחלוטין שוב לא דמיא לשביעית], א"כ למה מועיל הפב"ד בכה"ג מעכשיו ולכשיתפוס, אבל נכון מאד, דהא בכל הפב"ד לא מהני דכוותיה בהפקירא דבע"ד כיון דהפקר בעינן שיהא הפקר לכל, ואפילו הפקיר לכל לבד מאדם אחד לא מהני [ב"מ ל':] ובהפב"ד הוא רק לאדם אחד, וע"כ לומר דסגי בהפב"ד אי מהני קנין מכר או מתנה מדעת הבע"ד, ובמכר ומתנה מהני מעכשיו ולאחר ל' יום :

אך קשה מאד הלא במעכשיו ולאחר ל' צריך שיהיה הדבר הנקנה כל הזמן במקום הראוי לקנין, אבל אם היה בנתיים ברשות הרבים לא קנה, כמ"ש השמ"ק ריש פרק המפקיד, והכא גם אי המזיק היה ברה"ר ג"כ מהני תפיסתו, כמבואר בהדיא בדרישה ובפנים, ולאחר העיון מובן היטב, דע"כ לא חידש השמ"ק דבנתיים צריך ג"כ שלא יהיה ברה"ר רק משום דאינו מקום הראוי לחול בו קנין, אבל הכא כיון דגם התחלת קנין מועיל ברה"ר למה יגרע מה שנעשה בנתיים, מעת חלות הקנין, וביאור הענין כיון דאם הזיק ברה"ר זכה בו לחול הקנין, וע"כ דהפקירו חז"ל ג"כ לרה"ר שתהיה

שיהיה שלו לתשמישו שיחול בו הקנין, [וכעין דמצינו בתוספתא פ' הכונס ובמג"א שם, דלב ב"ד מתנה דמותר לעשות סוכה ברה"ר וגם בזה"ז, ועי' במק"ח בהגהותיו לאו"ח (סי' תרל"ז) שכתב דלב ב"ד לא התנו בסוכה ברה"ר היכא דאיכא היזק רבים, אבל הכא אדרבה הוא טובת רבים במאי שהפקירו חז"ל את רה"ר שיועיל תפיסה, כי היכי דלינטרי' לתורא ולא יוזקו, ומה דלא ניחא למזיק מה לנו לחוש לזה שלא בהפקירא דשור ג"כ לא נ"ל], אבל ברשות הבעלים לא הפקירו, והטעם דעשו רק כעין של תורה ומן התורה מתחייב נזקי קרן ברשות הניזק או ברה"ר, על כן השלימו חז"ל אשר כן יקום והפקירו הרה"ר לזה, שיהיה לו מקום הראוי לקנין, ומש"ה מה לנו מה שהיה בנתיים ברה"ר, אבל רשות המזיק דליתא כותיה בדאורייתא, כדאיתא בש"ס ב"ק [י"ד] כל שהוא רשות דמזיק ולא לניזק פטור מכל, ע"כ לא הפקירו רשות המזיק, ולכן גם אי היה רק בנתיים ברשות המזיק ל"מ תפיסתו כיון דל"ה מקום הראוי לקנין, וכדברי הסמ"ק, ואף דגם ברשות המזיק איתא חיוב קרן כגון שהכניס ברשות [ב"ק מ"ז:], דהתם משום דקיבל עליה נטירותא, ונעשה רשות שלו כיון דאקני ליה מקום בחלירו, כמבואר בש"ס שם [מ"ה:] ורא"ש ריש פסחים ורשב"ס ב"ב מובא בטו"ז [סי' קפ"ט]:

באות ד וז"ל הגם דאסור לשחרר עבדו מ"מ לא יצא מכללא דבידו, וכ"כ הקלס"ח והביאו ראיות לזה, ולכאורה תמוה דמה ס"ד דילא עי"ז מכללא דבידו, דאם אינו האמת כמאמרו שסימא את עין עבדו גם עכשיו עובר בעשה, ולפענ"ד נראה בכוונתם, דמסתברא אם הרב נותן לו שטר שיחרור פסול ולא ידע איש בפסולו, בלתי הרב והעבד דאינו עובר בעשה בכה"ג, הגם דלפי ראות העין נשתחרר, מ"מ כיון דלפי האמת יודעים שניהם שעודנו החיוב עבדות עליו כבתחילה והשטר חספא בעלמא הוא, והוי כמו שאין עובד עמו בלא שיחרור כלל, וס"ד בהא אמר שסימא את עינו נהי דילא לחירות [וצריך גם שיחרור רק להתירו בבת חורין] זהו אם האמת כדבריו, אבל אם לא כן הוא, ושניהם יודעים דאינו בן חורין כלל ממילא דאינו עובר בעשה כלל [וא"ל דהוא משוחרר משום אודייתא, דהשתא קיימינן דהוא חב לאחרים ול"מ אודייתא, ש"ע סי' מ"ז סעיף א' בשם הרא"ש יעו"ש], אבל אם ישחררו יעבור בעשה, אך על הראיות יש לפקפק קלת, דהתם הוא רק באיסור דרבנן, דאין ממעטין ביו"ט מש"ה הוי בידו, אמנם דעת הר"ן גיטין פ' השולח [על סוגיית הש"ס דף ל"ח.] דלעולם בהם תעבודו לא הוי עשה גמור, ובמג"א [סי' ל' ס"ק ל'] הניח בל"ע הפוסקים החולקים על הר"ן:

בסימן מה באות ב יעו"ש, ואין להקשות שניהם יחדיו, דבזיכה את החייב יפטור משום דהוי קיבל עליה ובחייב את הזכאי יהא פטור משום דנחית ברשות ול"ש נטילת דלת, דז"א, דלר' אבהו ל"מ קיבל עליה לפוטרו, משום דל"ה מילתא יתירתא לדידיה דבלא קיבל עליה אין דינו דין, דהא לדידיה מוקמינן בש"ס בקיבלו עליהם בפירוש ואפ"ה חייב לשלם, ולשמואל ולרב אחא בריה דרב איקא דמהני קיבל עליה לפוטרו, בחייב את הזכאי חייב לשלם לדידיה משום דנפישי יושבי קרנות, ולא משום נע"ד כלל:

באות ג מה שהקשה ע"פ שיטת רש"י ב"ק דעדות שאי אתה יכול להזימה אינו עדות, משום דאינם יראים לשקר, הגם דרש"י כתב כן לסומכוס, אבל רבנן פליגי עליו והלכתא כרבנן וכמ"ש הסמ"ק בשם המאירי והרמ"ה, זהו רק היכא דאינם משקרים ול"ש בהו הזמה כגון שאמר בפניהם גנבתי ס"ל לרבנן דמ"מ ל"ה עדות מגזירת הכתוב, אבל היכא דיש לחוש דמשקרים בשביל שאי איפשר להזימם, כגון בזה"ז דאין דנין דין הזמה, גם רבנן מודו דל"מ עדותן, דמנ"ל לאפושי פלוגתא בין סומכוס לרבנן, ועי"ז תירץ דהוי יכול להזימם על ידי תפיסה, וכיון דהדבר מוכרח משיטת הרי"ף ומהרש"ל דתפיסה מיקרי מילתא דשכיח, מסתברא דגם לשאר הפוסקים החולקים על הרי"ף ומהרש"ל, דאין גובין עדות טרם שתפס, מ"מ בזה לא פליגי וסברי ג"כ דתפיסה הוי מילתא דשכיח:

ומה שתירץ בפנים [בסוף האות], מלאתי מזה בתוס' רי"ד [שנדפס מחדש] ב"ק [דף פ"ג:] שתירץ דלכך בעדות ב"ג ובן חלולה ל"א דהוי עדות שאי"ל כמו בטריפה שהרג משום דבטריפה הוא הגורם שלא תוכל להזימם, משא"כ בעדות ב"ג, אך אם נאמר דבריו ככתבן, תמוהין מאד להבין דבריו הקדושים דלמה בא"י בחקירות עדותן בטילה משום עדות שאי"ל ב"ק [ע"ה:] ועוד בכמה מקומות, ובסנהדרין [ע"ח] בעד טריפה דל"ה עדות, וע"כ כוונתו דהוא הגורם, או דהגרם בעדים, אבל בעדות ב"ג דשניהם אינם גורמים רק שהעדות בעלמותו א"א לקיים בהם ההזמה הוי עדות, ומכ"ש היכא דהחסרון מחמת שאין כאן ב"ד, ואולי כוונת תוס' רי"ד הוא תירוץ השני של תוס' ריש מכות משום דבכל העדות ההוא ל"ש דין הזמה, [מדברי הר"ן בחידושיו ריש סנהדרין המובא בפנים דלרב אחא בריה דר"א למדאורייתא בחד דגמיר לבד כשר, וכן מביא בשם הרמב"ם, צ"ע דברי התומים (סימן ג') שכתב בשיטת הרמב"ם דלדידן דפסקינן דעירוב פרשיות כתוב כאן, בעינן מדאורייתא חד מומחה]

באות ד חידש הטעם דאין דנין גזילות ע"י חבלות, משום עדות שבטלה במקצת, שמעתי אשר מופלגי תורה מפקפקים ע"ז, דהיאך מלינו ביטול כזה הלא אין חסרון בגוף העדים כלל אך שאין אנו דנין עליו עכשיו והוי כאילו לא תבעו על החבלה וגזילה יחדיו, וכי יש לומר דאין לדון ולהעיד כי אם שניהם יחדיו, ע"כ לשונם כפי שכתב לי אחד מהם [וכעין סברא זאת כבר כתוב בפנים באות הקדוש, ועי' בתומים סי' ל"ד ס"ק כ"ד ובנתיבות שם], והנראה לי בכוונת דברי אאמו"ר זללה"ה, דהנה לדעת הרא"ש דאין מקבלין עדות קודם תפיסה, דבוודאי גם בדיעבד ל"מ עדותם עתה [דאל"כ בוודאי ל"ה עדות שבטלה במקצת], ומבואר בתומים [סי' ל"ג סק"ח] בשם שו"ת מהרש"ל דלדעת הרמ"ה בעדים שהעידו שלא בפני בע"ד דבדיעבד ל"מ עדותן, גם אם העידו אח"כ בפני בע"ד ל"מ, דעביד איניש להחזיק דבריו הראשונים, והס"ד דיש לומר בהאי העידו על החבלה קודם תפיסה, דשוב אינו מועיל עדותן גם לאחר שתפס, דמה לי אם העידו שלא בפני בע"ד דל"מ עדותן עוד [ול"א דהוי כאילו העידו חוץ לב"ד, משום דמ"מ שם ב"ד עליהם אילו היה בפני בע"ד, ע"כ עבידי להחזיק דבריהם מה שאמרו לפניהם], או שהעידו על החבלות ועוד לא תפס, כיון דשם ב"ד עליהם לקבל עדותן גם לדבר הזה אם יתפוס, עבידי העדים להחזיק דבריהם, וכיון דכן בטלה עדותם על החבלה לגמרי, שלא יועיל שוב עדותן אפילו לאחר תפיסה, [ואיפשר דאפי' בפני מומחין לא יועיל עוד], לכן הוי שפיר עדות שבטלה במקצת, והשתא לא דמי כלל ללא תבעו על החבלות ולא העידו, משום דהתם לא נתבטל כלל דכל תוקף עדותם בהם יתפוס, גם עתה יש להם כח הזה, משא"כ היכא דכבר העידו גרע, וא"ל כיון דע"י עדותם עכשיו גורם הביטול ולא מטעת ראיה, ל"ה עדות שבטלה במקצת, הא בורכא, כיון דסך דינא דעדות שבטלה במקצת נלמד מנמלא א' קא"פ כמבואר בירושלמי פ"ק דמכות [הלכה ז'], ובקא"פ גם כשנפסל בשעת הגדה ג"כ כל עדותן בטילה, כמ"ש תוס' סנהדרין [נ"א] ד"ה שב"ש, והאמנם הרבים חולקים על מהרש"ל גבי עדות שלא בפני בע"ד מ"מ דיו בזה ליישב שיטת מהרי"ע מדברי תוס', [וממילא מובן דל"ק מדברי תומים והנתיבות הנ"ל, דהתם גבי שור הנסקל אין דנין בזה"ז כלל וליכא שום נפקותא עכשיו מש"ה ל"ש בעדות שב"מ, ואם כי לשון התומים משמע דלא ס"ל לחלק בזה, איפשר משום דהוא חולק על תשובת מהרש"ל הנ"ל]:

באות ה ע"ש, ואין להשיב דגבי תפיסה נימא ג"כ דעשו תקנה בכל מקום היכא דיתפוס דדנין אותו, מש"ה בגזילה ג"כ היכא דל"ה תקנת רבי מועיל התפיסה לדונו, דהא חזינן דחילקו בתפיסה בכמה אנפין, לשיטת ר"ת מועיל דוקא בדבר המזיק ובשעת ההיזק, וביש"ש מובא בש"ך (סי' א' ס"ק ש"ו) דדוקא ע"י ישראל, ס"ל דלא יתקנו גבי גזילה, משום דאין רוח חכמים נוחה הימנו:

באות ו דע"כ לאו מטעם הפקר הוא, דאי לאו הכי למה דוקא ר"כ וכו', יעוי' בש"ע (סי' ב') דבכל הפקר הדין כן, אכן זהו שיעשו הפקר מתחילה, אבל אם כבר נעשה ההפקר, מגדול הדור כחו אלים לדורות שכל ב"ד יפסקו כן כמו בירושת הבעל וכ"כ הנמוקי יוסף ביבמות (דף נ):

מה שמתרץ בפנים דברי נמו"י ריש פרק החובל, עפ"י היסוד דמה"ת שבחא שע"י הגזילה דנגזל הוא, ובגזלן עתיקא אוקמינן אדאורייתא בלא טעמא דהפב"ד, יש לעמוד ע"ז כיון דהא דרבנן תקנו שיהא לגזלן, ע"כ משום הפב"ד הוא [דבממון הוי לעולם קו"ע] ודינו כדאורייתא ממש, והיאך יכול רב נחמן לתקן בגזלן עתיקא להפקיע ממונו שזכה מן התורה, אם לא משום הפב"ד מחדש, וכמ"ש בפנים (סי' ע"ו אות ו'), וי"ל דהא דמדינא משלם הגזלן השבח, הוא

הוא רק מטעם מ"ע דוהשיב דלא קיים המצוה רק אם מחזירו כולו עם השבח, ולעולם השבח קנוי לגזלן מה"ת, [ועיין בחידושי ר"ן סנהדרין (ע"ב) ובזי"ר ח"ר (סוף או"ח) שכ' באריכה, דרב סובר כן בכל הגזלנין על הגזילה עצמה, רק דאנן קי"ל כרבא, וברשב"א קידושין גבי רבית קצוצה דקנאו המצוה רק המ"ע מוטל אקרקפתא דגברא להחזיר, הה"ד דאפ"ל כן לדידן בשבח שע"י הגזילה], וא"כ לא הוצרכו חז"ל שתיקנו מפני תקנת השבים שיהיה לגזלן, לבוא מטעמא דהפקר, רק לפוטרו ממ"ע, דהוי שב ואל תעשה, ובגזלן עתיקא חייבוהו שוב מחמת מ"ע של תורה, וגם יש לתרץ דרבנן שתיקנו שהשבח גזילה יהיה לגזלן [מחמת הפב"ד] הניחו מיד מקום להחכמים הבאים אחריהם בעת שייטב בעיניהם להעמיד על דין תורה, שיהיה לאל ידם, ולא יהיו שוב כעוקרים דבר מה"ת [וכ"כ הלח"מ ריש פ"ב מה' גזילה בשמא דרב יהודא עי"ש, וכעין זה מצינו גם באיסורי תורה שמסרה לחכמים במלאכת חוה"מ, ע"ש חגיגה ח"י, ובב"י סי' תק"ל ובמג"א שם], ומ"ש בפנים (בסי' ע"ו) לא הכריח לומר כן בכל מקום, רק בשיטת רש"י שם, גבי אבק רבית :

ומ"ש בפנים בדברי נמו"י דאי לאו תק"ח דמהני תפיסה, היה הגזלן הנתפס יכול לכופו שיעלה עמו לא"י והשתא אינו יכול לטעון, כוונתו פשוטה, וכן שמעתי, דהוא עפ"י דברי הנימוקי יוסף בעצמו בסוגיא דפכ"ז, שמפרש דלכך יכול לקובעו למיזל לא"י נהי דאין מוציאין מנה על מנה מפני שאין כאן דיינין שידונו דין זה, ובתפס דתיקנו דיכולים לדון כאן אין מוציאין מנה על מנה, והגם דדברי נמו"י אלו נובעים מרא"ה, ורא"ה בעצמו פוסק [מובא בנמו"י סוף פ"ג דסנהד'] דבכל דינים יכול כל אחד לכוף לחבירו לילך לבית הועד, לבד הלוה א"י לכוף למלוה מטעם עבד לוה, מ"מ עדיפא ליה להביא ראיה, אשר הוא אליבא דכ"ע, וגם י"ל לפי מ"ש האורים (סי' י"ד סק"ו) בשם מהרי"ק, א"כ שאר דינים לא עדיפי ממלוה לגבי לוה :

ראיתי בס' יש התלמוד ב"ק (פ"ו) שהשיג בתימא שיטת תוס' דאין אנו דנין דיני גזלות, מחמת קושיא דלמה תקנו שיועיל תפיסה, ובפנים תירץ על נכון :

בסימן מו בקושיות קצה"ח והאמו"ר זללה"ה, אפשר בפשטות מדלייתו תוס' בקושייתם על רש"י ולא על הש"ס גופיה דקאמר פרט לב"ד הדיוטות משום דבלישנא דגמרא מצינו לתרץ בחד מהנך גווני, אבל על רש"י קשה דכתב לענין דיני קנסות, וקנס ל"ה רק פכ"ז, אך מצינו בש"ס דגם לבושת קרי קנס בריש המניח ובתוס' שם ד"ה קנסא, ע"כ הקשו על תוס' :

באות ב חידש בראיות דבקנס ל"מ קבלה מאח"כ בשאר דברים שאין דנין, גם יש כדמות ראיה לזה מדברי רא"ש ב"ק (פ"ג סי' י"ב) דלהכי לא הביא הרי"ף איבעיא דיש שינוי לצרורות משום דאין דנין קנסא רק בתפס ואז גם מספיקא מהני [ועמ"ש בזה בפנים בסי' מח ובהשמטות וביאורים שם] הא איכא נפקותא בקיבלו עליהם דיין דהשתא דלא הביא הרי"ף האיבעיא מחייבינן ליה הח"נ, ובאמת מחמת ס' מחוייב רק רביעית :

באות ד מ"ש לתרץ שיטת המרדכי, הקשה לי החריף המופלג וכו' מו"ה לבי גיכל מירושלים תובב"א, הלא בתוס' סנהדרין [ג' תד"ה שלא] הקשו מתכן ביפא דלמה דנו רב הונא הא לית ביה חסרון כיס, הלא אין צריך עיון ולימוד דהשומא ידועה, ונראה כיון דזהו מחלוקת הראשונים, שיטת ר"ת מובא ברא"ש פ' החובל (סי' יוד) דתוקע לחבירו נותן לו סלע מיירי בעני שבישראל ובעשיר לפי כבודו, ודעת הרמב"ם (סוף פ"ג מה' חובל ומזיק) דזהו במכובד דוקא, ובאינו מכובד פוחתין, ושיטת המרדכי בוודאי הוא כדעת ר"ת כמ"ש שם בפירוש, דזהו דנותן לו סלע בגרוע שבגרועין, וי"ל דקושיית תוס' סנהדרין אזלא לשיטת החולקים על ר"ת :

ובעיקר הדבר שחידש האמו"ר זללה"ה, יש להביא ראיה מלשון רש"י סנהדרין (ג.) ד"ה שלא תנעול דלת, וז"ל והכא נמי שמא לא ימצא מומחין לכופו לדין, ולכאורה שפת יתר הוא, דאפי' בלא כפיי' א"י לדון אם אינם מומחין, א"ו משום דעל גוף הדין שידונו יש עצה שילוה רק בשטר [ע"ש ס"פ איזהו נשך, וש"ע ריש סי' ע' דהמלוה בשטר משובח יותר] ואז יבא הדין פשוט בלא שום עיון וממילא דגם אינם מומחים יכולין לדון, וא"ל לעקור הד"ת וגם אם יצטרך לקיום יתקנו שמועיל שלא בפני מומחין כי קיום שטרות דרבנן [ואפי' טוען מזויף לשיטת רש"י, וכמ"ש תוס' כתובות י"ט ד"ה מודה בשם הקונטרס, וכן מביא הש"ך סי' מ"ו סק"ט ראיה זאת] והם אמרו והם אמרו, וכמו שהקילו באמת בקיום בכמה דברים מטעם זה, ע"כ כתב רש"י הטעם רק משום כפיי' דלכפות א"י, הרי כמ"ש בפנים וכן יש לדקדק בלשון תוס' שם :

באות ז דשיטת הרמב"ם דקבלת המצות דעבד כנעני מהני גם בזה"ז מה"ת דשליחותייהו עבדינן הוא מה"ת, רק בגר יש עוד טעם אחר משום דכתיב לדורותיכם, וע"כ גם בזמן מומחין ובא"י צ"ב מומחין, ולכן גר שנתגייר בפני הדיוטות אפי' בימי דוד ושלמה הוי גר, ובזה עמד תלמיד אחד נ"י דלפ"ז למה תירץ בפנים (באות הקודם) סתירת הרמב"ם גבי מוכר עבדו, משום דלא נתחייב במצות רק מדרבנן, לכן אין קונסין אותו, הלא שיטת הרמב"ם דשליחותייהו עבדינן הוא מה"ת, ובפשטות הא דכ' זאת הוא רק לפום מה שרצה לומר בתחילה בשיטת הרמב"ם דשליחותייהו קא עבדינן הוא רק מדרבנן :

[**עוד** נ' דיש לתרץ ד' הרמב"ם באופן הזה גם אי אמרינן דשליחותיהו עבדינן הוא מדאורייתא, דהנה ק' דלא עבדינן שליחותייהו רק במילתא דשכיח ואית ביה חסרון כיס ומאי ח"כ שייך בעבד ושפחה, ויש לומר דהטעם, דבשפחה אם לא יהא לה דין שפחה מה"ת אזי יהא האיסור למוסרה לעבד עברי מחמת איסור לאו דלא תתחתן וכמ"ש בפנים באריכה, וזה הוא פסידא לרב דהוולדות שלו הם, דאפי' אם אין ע"ע יוכל לחלוק בוולדות מה שיוולדו מע"ע של אחר כמבואר בתמורה (כ"ט ל') [ועי' בדברי מהרש"א גיטין מ"א ע"א התמוהים ובאחרונים שם] ע"כ עבדינן שליחותייהו מדאורייתא, ולכן גם בעבד כנעני עבדינן שליחותייהו, משום דאל"ה יהיה ליה ח"כ דיהא אסור למסור הע"כ לשפחה [דהוא יש לו דין עבד רק מדרבנן, ולה דין שפחה מדאורייתא ותעבור בלאו דלא תתחתן] ושוב לא יהיה לו שום ולד ע"י הע"כ, וכ"ז בזמן שיובל נוהג דאיכא ע"ע, [או בזמן דאין יובל נוהג וע"י מומחין], אבל השתא דאין יובל נוהג וליכא מומחין שוב לית ביה ח"כ, דאין ע"ע נוהג אלא בזמן שיובל נוהג, ע"כ אין לו דין ע"כ רק מדרבנן, וה"ט משום דיש חסרון כיס, דאם לא יהיה לו דין ע"כ כלל יהא טובל עצמו לשם בן חורין, ולזה סגי שיהיה לו דין ע"כ מדרבנן, וכמ"ש בסמוך בהשמטה, לכן לא קנסינן ליה במכרו לנכרי] :

הנה תירוץ הראשון שכתוב בפנים על הטור גבי נימול לח', והראיה מסוכה, לא הבנתי דנהי דגבי סוכה ע"י איסור דרבנן הויא אינה ראויה לשבעה, זהו לחומרא, דגזה"כ הוא דא"י י"ח סוכה רק בראויה לשבעה, אמרינן דהגם דעפ"י דין תורה הויא ראויה לז', כיון דמדרבנן אינה ראויה ולא נתקיים הגזה"כ ע"י איסורא דרבנן ג"כ א"י י"ח סוכה, [וגם שם לא פסקינן כן, וכן הטור בעצמו באו"ח (סי' תרכ"ח) מכשיר סוכה בראש אילן], אבל לא דנימא להיפוך, כיון דע"י תקנת חז"ל נתקיים הגזה"כ, ועפ"י דינא דאורייתא לא נתקיים, נסמוך ע"ז להקל, אבל נראה בכוונת האמו"ר ז"ל, דלמ"ד דסוכה בראש האילן פסולה משמע גם היכא דלית ליה סוכה אחרת ונדחית המצוה דאורייתא מפני דאינה ראויה לז' מדרבנן, ומקילינן עי"ז במצות עשה, וא"ל משום דהוי שוא"ת, דהא רבנן לא הכניסו את עצמם בזה לגבי דאורייתא, וכמו שמביא בפנים בסג"ה בשם הכ"מ [ובני האברך מוהרח"י נפתלי נ"י הקשה לי הלא מצינו דנכנסו חז"ל בזה גם לדבר דאורייתא, גבי שופר של ר"ה דאין עולין באילן כדאיתא במשנה ר"ה (ל"ב:), והשבתיו דאם כה נידוק גם על גוף דברי הכ"מ תקשי, הלא גם בשניות לעריות מצינו דנכנסו בזה לדאורייתא, גבי יבום, דשניות לעריות חולצות ול"מ (משנה ביבמות כ'), ומכיון שתקנו חכמים שלא יקיים המצוה כמו שהיא כתובה בתורה שעיקר המצוה ליבם, בזה עקרו הדאורייתא, כדחזינן דמקשה הש"ס שם על אלמנה לכ"ג דבאלמנה מן האירוסין יבא עשה וידחה הל"ת, ולא מיקרי יכול לקיים שניהם, כיון דעיקר המצוה ליבם, דהא אם לא יחפוץ כתיב, אלא בע"כ צ"ל כיון דלא מצינו דהכניסו עצמם בדבריהם, לענין דבר דאורייתא הזה, לא דיינינן אנן מדעתינו, וכמו כן גבי משמש באילן ובבעלי חיים, אולם אם כה נאמר יש להתעורר ע"ד הכ"מ מדברי תוס' המובא בש"מ ב"מ (ו') שמתרץ על קושיית תוס' שם בקפץ א' מן המנויין לתוכן אמאי כלן פטורין ליבטל ברובא, דהא דבע"ח חשיבי ולא בטלי הוא רק מדרבנן, ותירץ משום דהוי שוא"ת, הלא לא מצינו שהכניסו עצמם בתקנתם זאת לדבר דאו' הזה לפטור ממעשר בהמה, ובשלמא אם נאמר דאם מצינו שהכניסו עצמם לדבר דאו' אחד נוכל אנן לדון גם לענינים אחרים, ניחא, דגם כאן מצינו דכל הזבחים שנתערבו בשור הנסקל ימותו כולן (משנה בזבחים ע:) ולא בטלי משום דהוי בע"ח, אבל א"א לומר כן כנ"ל, א"כ נראה לכאורה מדברי תוס' דחולקין, אבל אין זה ראיה כלל דבזאת חידש לן התוס' דחכמים השלימו לתקנתם דברים נ"ב והכניסו עצמם בזה נגד ד"ת הזה לפטור ממעשר בהמה ודברי הכ"מ לא

נאמרו

נאמרו רק היכא שאין דנין בנידון הבא לפנינו שאיסור דרבנן מנגד למ"ע דאוריי' ומונע מלקיים אותה, ואנו דנין לומר כיון שמניעת קיום המ"ע הוי רק איסור בשוא"ת ע"כ יבא האיסור דרבנן וינבר נגדה וימנע מלקיימה דהא יש כח ביד חכמים לעקור ד"ת בשוא"ת [וכגון בגוונא דאיירי ביה הכ"מ באנס את הבתולה והיא אסורה עליו באיסור שניות לעריות, דכ' הרמב"ם דאינו רשאי לישא אותה, והקשה הכ"מ דאיך כח באיסור דרבנן לנגד לד"ת, וכוונתו הגם דביד חכמים לעקור ד"ת בשוא"ת] לזה אמרינן כיון דלא מצינו שחכמים הכניסו עצמם באיסורם זה נגד ד"ת האלו, אולי נגד ד"ת האלו לא אסרו, אבל זה לא שייך בדברי תוס' הנ"ל שהוא מפרש דזהו הטעם דהמשנה דקפץ א' מן המנויין לתוכן דכולן פטורין ול"ב משום דהוי ברייה וחכמים תקנו דבריה ל"ב אפי' אם יבא עי"ז להקל בד"ת בשוא"ת כגון לפטור מן מעשר בהמה, אבל בסוכה בראש אילן י"ל נומר כן דטעמא דר"י משום דסובר דתקנת חכמים דאין עולין באילן היתה גם אם יהיה נוגע למצות סוכה, דמדחזינן דר"מ חולק עליו [וכ"פ אמן] דסוכה בר"א כשרה בחוה"מ, הרי דחכמים לא אסרו לעלות באילן היכא שנוגע למצות סוכה, מעתה י"ל לומר דפליגי בשכסים התקנה איך נהייתה] א"ו כיון דרבנן אסרו לעלות באילן ביו"ט, ומשום לאו דלא תסור הוי דינו כדאורייתא ומבטל המ"ע משום גזה"כ דאינה ראויה לז' ה"נ לגבי טמאה לידה, כיון דעכשיו מחמת תקנתא דרבנן נוהג בה דין טומאת לידה, מחמת לא תסור נתקיים הגזה"כ, ונימול לח' אפי' בשבת [ועתה ראיה זאת מסוכה ומכסף משנה על יסוד א' הם] ואפי' לדידן דלא פסקינן כן בסוכה ומכשרינן סוכה בראש האילן, אפ"ל דכל היכא דנתקיים הגזה"כ הן מדינא דאו' ממש, או מדינא דרבנן מחמת לאו דל"ת, שפיר מיקרי קיום לגזה"כ, כיון דמצד הסברא אינו מעכב, ולהכי בסוכה יוצא משום דגזה"כ נתקיים עפ"י דין תורה, ובנימול לח', כיון דמ"מ צריכין לקיים הגזה"כ דטומאת לידה בשביל לאו דל"ת, מילתו דוחה שבת, וגבי שניות לעריות דנדחית המ"ע דולו תהיה לאשה גם מחמת דרבנן, משום דזהו מן הסברא דאינו מחוייב לישא אשה האסורה לו לכן בעינן שתהא ראויה הן מדאורייתא ומדרבנן [וע"ע בפנים (סי' י"ג א"ח) ובחלק ראשון במקומות מפוזרים בעניינים האלו] :

נשמט מפנים, וזה לשון אאמו"ר המחבר זצ"ל, הקשה תלמידי החרוץ והשנון מוה' ישעיה נ"י למ"ש דבע"כ דל"מ טבילה בפני הדיוטות א"כ בקנה עבד כנעני מן עכו"ם וטבל לשם עבדות דשוב לא יוכל לטבול שיעשה בן חורין, ואמאי כיון דטבילה ראשונה היא רק מדרבנן וטבילה דהשתא מהני מדאו', ואמרתי לו דנהי דטבילה ראשונה היא רק מדרבנן, מ"מ לענין קה"ג שיקנה לאדון עי"ז דינו כדאוריי' ממש כמו בכל קניינים דרבנן, והוא מצד הפב"ד, אפס לענין התלוי ביהדות, כיון דליכא מומחין הוא דלא מהני לענין דאוריי' בדבר שהוא בקום ועשה עכ"ל :

בסימן מז באות ג' כתב לתרץ דברי תוס' סנהדרין מכמה קושיות העולם [והיסוד דהא דס"ד דשבת ניתן להצילו בנפשו הוא משום פגם, זהו לתירוץ ב' בתוס' שם (ע"ג) ד"ה ומה, ובמהרש"א שם דמחלל שבת הוי כעובד ע"ג, וכמבואר ברש"י חולין (ה' סוף ע"א) ד"ה האי תנא, ובמג"א סי' ש"ו ס"ק כ"ט] הנה לפמ"ש בספרו תפארת ירושלים במס' בכורות, דכל היכא דגם גורם וכח שני אסור, ל"ב דין שליחות, ואפי' נעשה ע"י שאין בני שליחות ג"כ אסור. ותירץ בזה איזה תמיהות בסוגיא דאשלד"ע יעו"ש, א"כ הכא כיון דלס"ד דניתן להצילו בנפשו גם גורם אסור, ממילא ע"י עובד כוכבים או שהיא בו נחש לא גרע מגורם, ועי' בב"י או"ח (ס"ס רמ"ד) דאסור לישראל להניח לעכו"ם לעשות מלאכתו בין בשבת או ביו"ט מדאורייתא, מכ"ש די"ל כן לס"ד, או לר' אלעזר ברבי שמעון דס"ל דגם שבת ניתן להצילו בנפשו, וקצת ראיה לזה דגם זה מיקרי תיעוב מש"ס ברכות (נג) דאין מברכין על נר שלא שבת ממלאכת שבת, וגם אם הנכרי מדליק נר בשביל עצמו ג"כ אין מברכין, דגם זה מיקרי לא שבת ממלאכת עבירה [וע' בט"ז או"ח סי' רצ"ח סק"ג ובבית מאיר ס"ס ה], ועי' בט"ז (רס"י תקט"ו) שמביא מחלוקת הראשונים לדעת רש"י דמפרש טעמא דנכרי שהביא דורון לישראל ויש במינו במחובר אסור, משום שלא יהנה ממלאכת יום טוב, אם אסור גם היכא דעשה בשביל עצמו. אולם מה שהוסיף עוד בפנים דגם בממילא הוי תיעוב, ק"ק, נהי דלדידן הוא רק לס"ד דגם מילה ניתן להצילו בנפשו, אבל מכל מקום לר' אלעזר בר' שמעון קשיא דלדידיה יהיו אסורים כל המלאכות הנעשים ממילא בשבת, וכל מה ששנו בפ"ק דשבת להיתרא בזה, אתיא דלא כוותיה :

בסימן מח פתיחה לסוגיא דשיקול הדעת, מה שהקשה אאמו"ר המחבר זללה"ה [בנתיב א'] הוא על דרך זה, דבזיכה אב"ח יאמר המלוה א"א בתק"ח, ול"ה להוציא כיון דהוא אמר שיועמד הדבר על ד"ת דבעינן מומחין, והוי הטענות שטענו מקודם שלא בפני מומחין, כמו טענות שחוץ לב"ד, וצריכין לטעון מחדש בפני המומחין, להכי לא הוי להוציא, דאולי יטעון הלוה עכשיו טענות אחרות, שיזכה הלוה בדין, [וכמ"ש בש"ע (סי' ג' סעיף ב') לדידן בתר תקנתא דרבנן, בפחות משלשה דיכולים לחזור ולטעון, הה"ד בשלשה שאינם מומחין לדינא דאורייתא], ועמ"ש בפנים לקמן [בסי' נ"ח א"ז], ועי"ז תירץ [באות ב'] דלר"ח דאיירי בנו"כ ביד והיה למלוה משכון ונטלו הדיין ממנו, דבזה אם יאמר המלוה א"א בתק"ח ויתבטל הפסק, מסתברא דהלוה צריך להחזיר המשכון כמו שהיה בתחלה ביד המלוה, עוד מקודם שידונו מחדש לפני ב"ד מומחין, וע"כ הוי להוציא, ואפילו אם נימא דא"צ להחזיר המשכון עד שידונו המומחין, מ"מ הקנין שהיה להמלוה על המשכון, גם עכשיו שהוא ביד הלוה שלא ע"פ ב"ד [לפי דברי המלוה שאמר א"א בתק"ח] לא נפקע, ועיין במרדכי מס' ב"מ ס"פ האומנין ובהגהות מרדכי שם, דחולקים במשכנו בשעת הלואתו וחזר המלוה והפקידו או השאילו ללוה, אי נעשה מטלטלין אגב בניו או לא, וזהו רק כשנתנו המלוה מדעתו, אבל בשתפס הלוה המשכון או אחר נתנו לו מי שאין לו תורת דיין, בוודאי לא נגרע המלוה מקנינו כלל, וא"כ הוי להוציא, דעפ"י פס"ד נעשה המשכון של הלוה, וע"י דבריו שאומר א"א בתק"ח קונה המשכון גם שהוא בבית הלוה :

באות ג מ"ש היכא דאחד קבלו לדיין והשני שותק דפסול מחמת נגיעה, וגם דקיבלו אפי' לטעות, זהו רק כשלא יהיה לו נטייה לאחד מהצדדים וזולת מחמת נגיעה יטעה, ע"ז סבור וקיבל, אבל לא כשיהיה לו נגיעה, דיש חשש לפנינו דיטעה, ואם הוא ג"כ יודע דיש חשש נגיעה ע"י קבלתו בלא קבלת השני, י"ל דלא מיפסל עוד, כיון דקיבלו גם כשיודע בנגיעתו, ואיפשר דהוי תר"ל היכא דהוא יחידי, ועי' בש"ע [סי' כ"ב] :

שם [נתיב ג' אות א'] מה שיישב דברי הים"ש לכאורה כולה מוקשה, חדא דאיזה הכרח הוא דמיירי שתפש קודם שבאו לב"ד, ועוד הא מ"מ איכא נפ"מ באם חזר ותפס ג"כ קודם שבאו לב"ד, ועוד דאם נאמר שגם בכה"ג אין לחלק ביניהם, איה איפוא המקום והגוונא אשר הים"ש מחלק בין ספיקא דדינא וקנס, ולאחר העיון נראה להרחיב הדבר, והוא, נהי דבקנס ל"מ שוב תפיסת השני, זהו היכא שכבר היה בב"ד וחייבוהו דכבר נעשה ממון גמור, [כמבואר בש"ס מכות ג', דל"מ אח"כ הודאתו כיון דמהשיא שעתא ממונא הוה גביה כמ"ש רש"י שם] אבל אם לא היו בב"ד רק אחר חזרת תפיסת המזיק, בוודאי לא מזדקקינן לזה כלל לקבל עדות ולחייבו, דזהו דין גמור, ואין אנו דנין דיני קנס, דהרי בתפיסת הניזק לבד אין אנו דנין, רק באם המזיק בא לב"ד ותבעו, אז אמרינן לניזק שיביא העדים וכמ"ש הרא"ש מובא בים"ש שם, וע"כ ליכא נפקותא בחזר ותפס קודם שבאו לב"ד, דבכה"ג גם בקנס אין מוציאין מן המזיק, והיכא שבאו לב"ד מיד כשתפס הניזק, כיון דשורת הדין לכתחלה שבל יאמרו דתפיסתו הוא רק מספק, היכא דהוי ספיקא דדינא [וכמ"ש בפנים], א"כ לא מהני עוד תפיסת המזיק גם בסד"ד, והנפקותא שכתב הים"ש יש לה מציאות, היכא שבאו לב"ד מיד אחר תפיסת הניזק, דאזי בקנס כשקיבלו עדים וראו שהוא מחוייב, שוב אין מקום לפני הב"ד להטות משפט הניזק, ונעשה ממון שלו בבירור בלי שום ערעור כלל, ול"מ תפיסת המזיק עוד, אבל בספיקא דדינא, דהדין ברור שמועיל שוב תפיסת שכנגדו בחזרה, רק שלכתחלה מהראוי על הב"ד לזכותו לגמרי, ולא יאמרו לו שתפיסה מהני רק מחמת ספק [וכמ"ש בפנים], ועי"ז שלא יאמרו לו יזכה לגמרי, אבל אם שגגו הב"ד בזה, או שעברו על היסור קל כזה, ואמרו לו שתפיסתו מועיל רק מספק, ממילא דמהני תפיסת שכנגדו בחזרה, אבל על הרי"ף אין להקשות, דהו"ל להביא האיבעיא אי יש שינוי לגרורות לנפקותא זאת, כיון דלכתחלה מחוייבים הב"ד לזכותו לגמרי גם בסד"ד, ולכן למה לו לרבינו האלפסי להביא האיבעיא בכדי לתת מקום וכח לפני מי שיטעה בדין, ואדרבא השתא דלא הביא האיבעיא יקום כדין, ולא ימלא מי שיטעה בזה, ויזכהו לגמרי ככל דיני קנסות, וכן מהראוי לכתחלה גם השתא דאיכא ספיקא דדינא, ויצא הדין לאמתו דלא
יועיל

יועיל שוב תפיסת השני, וא"ל דמ"מ יש נפ"מ באם באו לב"ד קודם שתפס הניזק דבקנס מהני תפיסתו [וכמ"ש הים"ש שם והביא ראיה מהרא"ש דאין הב"ד אומרים לו שלא יתפוס] ובסד"ד מסתמא אומרים לו הב"ד שאינו מגיע לו, ופשיטא דאם תפס ובאו לב"ד עוד הפעם, דפוסקים דמהני תפיסתו רק מספק, וממילא דמהני תפיסת שכנגדו בחזרה, משא"כ בקנס דל"מ תפיסתו בחזרה. זה אינו, דגם אם נימא דלא כים"ש [רק כנתיבות, דבקנס נ"כ מהני תפיסת השני] מ"מ קשיא דאיכא נפקותא זאת, באם באו לב"ד קודם שתפס, דבקנס אין הב"ד מזהירין לו שלא יתפוס ומהני תפיסתו, ובסד"ד פוסקים הב"ד שאינו מגיע לו, ובוודאי משום שלא יהיו כעורכי הדיינין אינם אומרים לו שהוא רק מספק [וכמ"ש בפנים היכא דבאו לב"ד אחר תפיסה הה"ד להיפוך היכא דבאו קודם תפיסה וכ"כ בפירוש (באות ז') בקושייתו מתו"ת] ולא מהני עוד תפיסתו, וע"כ דזה אינו ממליאות המלוי דלמה לו לבוא מקודם הלא יודע שאין ב"ד נזקקין לזה, ואדרבא עי"ז ישמור המזיק את ממונו שלא יוכל לתפוס [ועיין מש"ל בסי' מ"ה אות ד']:

במה שכתב עוד [באות הנ"ל] דא"ל דבקנס ל"מ תפיסה ממטלטלי דיתמי משום דהוא כעין תרי דרבנן, חדא תקנת הגאונים דגובין ממטלטלי דיתמי, ועוד דגם זה דמהני תפיסה בזה"ז בקנס הוא רק מדרבנן, לדעת רמ"ה מובא ברא"ש ב"ק פ"ק סי' כ' [והרא"ש שם חולק עליו דהוא מן הדין] דא"כ לדעת כמה פוסקים דהא דעבדינן שליחותייהו הוא רק מדרבנן ואיך אנו דנין תקנת הגאונים שבע"א יגבה ממטלטלי דיתמי, או שאר תקנות מדרבנן, א"ו דאין לחלק בזה, בין חד דרבנן או תרי, ואין להקשות, דא"כ דמהני תפיסה בקנס מיתמי ובספד"ד ל"מ תפיסה מיתמי, למה כתב הרא"ש דליכא נפ"מ באיבעיא דיש שינוי לגרורות, הלא איכא נפקותא דל"מ תפיסה מיתמי, ע"ז כתב דהרא"ש לשיטתו דהשתא הוי מדינא, [ועי' בתומים (סי' ק"ז ס"ק ד') במ"ש לחלק בשיטת הרא"ש דגבי ניזקין גובה מדינא ממטלטלי דיתמי, ובכתובה ובע"ח גובין רק מתקנתא, ול"ע לכאורה מתשובת הרא"ש המובא כאן בפנים, ושם הוא בכתובה ולא שיעבד לה מטלטלי אג"ק ואפ"ה פוסק דהוא מדינא, וכ"כ הב"י אה"ע סי' ק' בשיטת הרא"ש], ובעיקר הדבר יש להביא ראיה דבקנס מהני תפיסה גם מיתמי, דדין פשוט בפוסקים ובש"ע [סי' שס"א] בגוזל והניח לפני בניו ואכלו דחייבים לשלם, אפי' ממטלטלי שירשו מתקנת הגאונים, וברמ"א [סי' א' סעיף ג'] הביא דעת הפוסקים דאין דנין בזה"ז גם גזילות לבד, ובפרט מהרע"ב מוכח כן, דברים סנהדרין ובפ' החובל נראה דשיטתו הוא דגזילות לחודא ג"כ אין דנין, ובפ' הגוזל ומאכיל הביא דגובה מיורשי הגזלן מתקנת הגאונים, א"ו דתפיסה מועיל גם מיורשיו אפילו בדבר שאין אנו דנין, והה"ד בקנס:

באות ג ד ה מה שכתב על קושי' הש"ך לשיטת כ"י בטעה בתיקו, הנה אחת דבר רבינו הש"ך שתים ושלשה זו שמענו, חדא כיון דבתיקו מהני תפיסה למה יהא חוזר הלא הוי תפוס ע"פ פס"ד, ועוד למה הוי טועה בד"מ הרי כיון דמהני תפיסה ע"כ הדבר בספיקו עומד, והשלישי מדוע יעדיף כחו של בע"ד בתיקו יותר מב"ד, ועל קושיא הראשונה תירץ בפנים, באיזה אופנים, דנפ"מ דמהני תפיסת שכנגדו, ועוד דצריך להחזיר מיד מפני פסידא דדיין ועפ"י רמ"א סי' כ"ה, וכמ"ש [באות ג'] או דהיכא דהתפיסוהו ב"ד דינא הכי, וראיה מאן אחתינן וכו' וכמ"ש [באות ד' בסופו], ועל קושיא השניה תירץ [באות ד'], וקושיא השלישית תירץ [באות ה']:

[ויש להביא ראיה לשיטת הנ"י הנ"ל מהרמב"ם פ"ו מס' סנהדרין, וז"ל כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים וידועים, כגון דינין המפורשין במשנה או בגמרא חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהיה ודנין בו כהלכה, ולכאורה שפת יתר הוא, כיון דחוזר הדין פשיטא דמחזירין וכו', א"ו דגם הרמב"ם פוסק כשיטת הנ"י, ועיין בכ"מ שם דכוונת הרמב"ם במלת כגון דאתא לרבות טעה בדברי הפוסקים, והה"ד די"ל דכוונתו גם בטעה בתיקו, ושלא נאמר דטעה בתיקו אינו חוזר וכסברת הש"ך משום דהוי תפוס, לכן איכפל רבינו הרמב"ם לאשמועינן דמחזירין הדבר כשהיה, להחזיר להמוחזק מעיקרא, כיון דנעשה תפוס ע"פ ב"ד וכמ"ש בפנים (באות ד') ואז דנין אותו כהלכה, להעמידו בידו, כמו דהדין הוא בכל תיקו דהמע"ה]:

ומ"ש [באות ד'] דתפיסה שע"י ב"ד גרע מתפיסת בע"ד, וראיה מב"ב, קשה ע"ז מריטב"א ריש מכות דכתב דמוכח מדברי רמב"ן דכתב בדיני דגרמי, היכא ששילם הבע"ד קודם שהוזמו ואח"כ הוזמו שמשלמין משום דינא דגרמי, ודוקא היכא דליתא דליהדר, אבל היכא דאיתא לממונא הדר, דשלא כדין שקלי', וכן פסקינן בש"ע [סי' א' סעיף ד'], מזה הוכיח הריטב"א דאף היכא דהעדים הוזמו אחר שכבר עשו, מ"מ האחרונים נאמנים יותר מהראשונים [רק שמתורת הזמה פטורים מגזה"כ] דאי לא כי איתא לממונא ברשותא דהיאך אמאי מיהדר, וכי ליתא אמאי משלמי עדים נימא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא היכא דקאי כו', הא התם נעשה מוחזק ע"פ עדים ופס"ד שפסקו על פיהם משו"ה היכא דאיתא לממונא הדר ול"מ תפיסתו, ואיך הוכיח הריטב"א דמכח ודאי נאמנים האחרונים, איברא כיון שיסוד הראיה לזה משיטת תוס' גבי אנן אחתינן [ואתרץ דברי הגמ' סנהדרין, ועי' בנמ"י ב"ב] והרמב"ן שם הולך הרבה לחלוק ע"ז והוא היכא דאין שניהם מוחזקין וב"ד החזיקו ביד א' מהם ע"פ ב' עדים ואח"כ הוכחשו שוב אין מוציאין ממנו, ולכן הכריח הריטב"א שפיר משיטת הרמב"ן:

ומ"ש שם לתרץ את דברי התומים שהדיין שהוציא מהמוחזק גבי תיקו, חייב לשלם, מטבח שעשאו ס"ע, כוונתו דדוקא הכא הוי היזק ניכר בשביל שמוציאו מרשות לרשות, וכמ"ש תוס' ב"ק [מ"ה] סד"ה השתא, וז"ל ושור תם דמזיק ברשות שומר אפי' קודם גמר דין אם יחזירנו שומר לבעלים לא יפטר בכך כיון דמזיק ע"י פשיעת שומר וכו' והוה ליה היזק הניכר שהוא מופסד שנפל ברשות אחרים [וזה שכתוב בפנים בסוף האות שייך לכאן והוא ע"י טעות המעתיק] אבל בטבח שעשה ס"ע אין לחייבו, כיון דבאותו לד דכשירה היא, הגם שאינו רשאי לאוכלה מספיקא מ"מ כיון דכשירה היא השינוי שראינו בבהמה כגון גבי מגרומתא וכיולא, אינו ריעותא כלל, ול"ה ניכר כלל להיזק, הגם שאנו מחשבין אותו להיזק מחמת ס', זה הוי טעותא לאותו לד דכשירה היא, וכיון דהוי היזק שא"כ פטור בשוגג, וא"א לחייבו דלמא באמת טריפה היא, דמספיקא אין לחייבו, ועיין בקצוה"ח ונתיבות סי' ש"ו:

באות ח מ"ש דהיכא דהוזם עד הטומאה צריך לשלם לה כתובתה, כן מבואר ברמב"ם [פרק כ"א מהלכות עדות ה"ה] מובא באחרונים, ומזה העירו ע"ד הקצוה"ח [ס"ס ל"ח] דהוכך אי שייך בע"א דין הזמה:

בסימן מט

מ"ש בדברי ר"ן פ' שבועת העדות, ומסתברא דקאי גם למסקנא, והא דר"ן הביא שם בשם רמב"ן בטעמא דרבנן דפטרי משום דכתיב ושמעה קול אלה, וזהו צריך רק באל יככה, דבוודאי משמע קללה, אבל לא ביברכך, [וגם בלא דברי הר"ן ע"כ צ"ל דדברי רמב"ן הם רק באל יככה, דהא לרבנן בוודאי לא משמע ההיפוך, כמבואר בש"ס קדושין, וכל חדוש של הר"ן הוא רק לר"מ. והנה לשיטת הראשונים שם דלמסקנא לא תיפוך ור"מ מחייב, ע"כ מטעמא דר"ן, ואפי' להגורסים דתיפוך, ה"ט דר"מ פוטר דחשיב ליה איסורא דאית ביה ממונא דע"י ממון בא השבועה, וכמ"ש רש"י במסקנא, ובכה"ג ל"ל מכלל לאו אתה שומע הן], ועיין בט"ז [ס"ס כ"ז] מ"ש בשם מהרש"ק סברת רמב"ן באל יברכך. וגם מה דכתב בפנים דלהפוסקים כר"מ צ"ל כשיטת רש"י, והכא אמרינן גם לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן, דדמי לאחר, דקבלתם על פס"ד שילא מפיו, הוא לאחר שיפסוק ד"ת, ובלאחר א"ל לר"מ מכלל לאו אה"ס, כמבואר במלחמות ד' בילה פ' שני גבי הבו ליה ד' מאה זוזי לפלגיא, בשם הירושלמי:

מה שהידש אאמו"ר זללה"ה [באות ב'] גם בשיטת הרא"ש דאם קיבל עליו בין לדין בין לטעות אפי' בטעה בד"מ ק"ד, אין להקשות דא"כ יהיה הדין בג' מומחין וקיבלו בסתם גם בטעו בד"מ ק"ד [דבלא קבלה כלל ק"ד ולא משלמי בטעו בשה"ד, כדאיתא בטור סי' זה], ובפירוש איתא ברא"ש וטור דבג' מומחין וקיבלו, בטעו בד"מ הדר דינא, דז"א דדוקא אם הזכירו בין לטעות בפירוש, כוונתם דגם אם יטעה בד"מ דיקום הדין, אבל אם לא הזכירו בין לטעות, בוודאי כוונתם רק אם יטעו בשה"ד, או שהם לא איירי בסמוכים:

באות ד בפירוש דברי רא"ש, ועיין בש"ך [ס"ק כ"ט אות ח'] שהקשה על הטור ורמזי הרא"ש שפסקו דבג' מומחין אפי' בלא קיבלו פטורים מלשלם, דמנ"ל דין זה, ולפמ"ש בפנים א"ש, כיון דכתב הרא"ש דביחיד מומחה מהני קבלה, משום דקבלה הוי שיהיו דיינים מן התורה, ממילא מוכח מזה, היכא דהוו דיינים מה"ת, אזי פטורים בלא קבלה, ואין להקשות ע"ז מדברי מהר"ם מרוטענבערג מובא בב"י [מחודש ד] דביחיד וקיבל עליו הוי הקבלה אפי' לטעות, ובשלשה הוי הקבלה רק לדין, דגם אם נפרש את דברי הרא"ש

בפשטות

בפשטות, דמשום מילתא יתירתא מוכח דכוונתו היה שקיבלו לפוטרו גם מתשלומין, עכצ"ל דמהר"ם מר"ב ס"ל להיפוך משיטת הרא"ש, וטעמו, דביחיד כיון דכל הקבלה הוי שלא מן הדין, גם על אופן זה קיבלו, שאפי' אם יטעה יהיה ק"ד ויפטר מהתשלומין, אבל בשלשה דהקבלה הוי ע"פ דינא דרבנן דסגי בג' הדיוטות, אמרינן דכוונתו היה. רק בשלא יטעה, [והסברא דמילתא יתירתא, נ"ל למהר"ם מר"ב]:

בסימן נ מ"ש אאמו"ר זללה"ה בקושיית תוס' בכורות, ליסוד דבגנב הגם שיכול לידע וקרוב לפשיעה מ"מ פטור,

כן מבואר בש"ך (סי' שמ"ח ס"ק י') וכ"כ היש"ש בפשיטות, דאפי' לדעת הנימוקי יוסף דבלא ידע אמרינן ג"כ אשלד"ע, מ"מ השליח פטור, ובנתיבות שם כתב דגם הדרכי משה איננו חולק ע"ז, הרי הגם דמלד מזקה כל מה שתח"י אדם הוא שלו, הוי ליה לידע דאינו של המשלח, או עכ"פ הו"ל לשאול לאחרים, אפ"ה פטור השליח [וכ"כ הקצוה"ח רסי' כ"ה]. ובגוף הסברא שכתב בפנים לחלק היכא דהשליח חייב או לא, הוא כעין שכתב הסמ"ע [סי' רנ"ב ס"ק י'] ובש"ך שם [ס"ק ד'] לחלק בזה גבי שליחות יד [רק דהסמ"ע אזיל בחד גוונא שכתב שם, בשיטת הנ"י]:

ומ"ש בפנים דבמזיק כיון דהשליח חייב ע"כ פטור המשלח, עיין במח"א [ה' נזקי ממון סי' ז'], דפשיטא ליה דגם במזיק פטור השליח כשלא ידע ולוה לשברם, ול"ל דמיירי כשהיו הכלים ברשות המשלח, ולכן מחמת חזקה דכל מה שתח"י אדם לא הו"ל למידק:

ועוד נשאר לנו לבאר בקושיית תוס', דדילמא מתני' דבכורות מיירי שהיה הבכור ברשות ובבית שאינו מומחה הרואה אותו, ומסתברא דבכה"ג לא הו"ל לשוחט לשאול מאומה למי הוא, ולפענ"ד כיון דקיי"ל הגודרות אין להם חזקה רק במקום דמסורות לרועה [ש"ע סי' קל"ה] וא"כ ממנ"פ אי באינן מסורות לרועה הרי אין להם חזקה, והו"ל לשוחט לשאול שמא אינו שלו, ובמסורות לרועה, א"כ מאי בעי הבכור ברשות שאינו של בעליו, כיון דהרועה שומרם [דמשו"ה דנין בהו חזקה], וזה ל"ק דילמא מיירי דמעת ששאלו עליו נשאר אצלו, דמפשטא דמתני' משמע שלא היה לו טעות אחר זולת שהתיר הבכור אע"פ שאינו מומחה, וא"כ היאך לוה לשחוט בלא רשות בעלים, דהא מעת שנולד לו מום רשאי לקיימו שלשים יום, אפי' אחר שנתו [ש"ע יו"ד סי' ש"ו ס"ט], [ועי' לקמן סי' נ"א אות י"ב מ"ש בפנים על קושיית תוס'], ושלשים יום בוודאי לא משהי ליה אצל הנשאל, א"ו ששחטו ברה"ר או ברשות בעליו לאחר שלשים יום שהתירו, א"כ יש לחייב השוחט מחמת מזיק וכמ"ש בפנים:

ובל"ז ניחא בפשטא, דמתניתין סתמא קתני ומשמע דגם בנשחט ברה"ר או ברשות בעלים חייב, רק עיקר הקושיא על קושיית תוס' הוא, דילמא מיירי ע"י שליח, דזהו קרוב להעמיס בלישנא דמתני' דקתני דנשחט על פיו, ובזה תירץ שפיר דא"א לאוקמי כן, כיון דנשחטו ברה"ר או ברשות בעלים חייב השליח, והמשנה סתמא קתני:

באות ב מ"ש אאמו"ר זללה"ה דלמה יהא מומחה פטור בפרה דר"ט הלא דמי להזהרי בו של כסף הוא, ולכאורה המרחק רב ביניהם, דהתם הניזק של זהב שהוא ע"י אונס, הוסב בשביל פשיעתו שהזיק של כסף, אבל כאן גם אם לא היה פוסק שישליכה לכלבים, הוי ג"כ היזק שנעשה באונסו, דהיה מוכרח למכור לנכרי דאמרינן ק"ד [ולס"ד משום דגם בטעה בד"מ ק"ד ולמסקנא משום דחדא ועוד קאמר ליה] ודמי לדברי תוס' ב"מ (מ"ב) ד"ה ה"ג גבי צריפא דאורבני ולקמן (בדף ע"ח) ד"ה הוחמה:

אבל נראה הגם דטרפה היא בזול יותר מכשרה, מפני שיש להם קונים מועטים, ובפרט בזמן הגמרא מפני שלא היו הנכרים מצויים בין הישראלים, כמ"ש תוס' מס' עכו"ם (כ') ד"ה ור"מ, מ"מ לפעמים יקרה לפניו קונה נכרי שיתן לו מחיר בשר טרפה כמו בעד בשר כשרה, [וכ"מ מדברי תוס' אלו, ובתוי"ט ספ"ה דבכורות], וא"כ כמו דאמרינן שם במס' ב"מ דהיכא דנוכל לתלות דהאונס שאח"כ בא רק מחמת פשיעתו הראשונה, הגם שהוא חשש רחוק דמסתמא כיון דהגנבים חיפשו בצריפא דאורבנא שאין דרכם בזה, כמו כן היה גנבו באם היה מצניע בקרקע, הה"ד היכא דאיפשר שלולא פשיעתו גם הסיזק שע"י האונס לא לו יהיה, [ובוודאי בהזיק א' לחבירו בשר טרפה לא מחייבינן בשביל זה, רק כפי מיעוט השיווי של טרפה משלם לו, וכמבואר במס' בכורות (ספ"ה), דבין מכר הלוקח הטרפה או האכילו לכלבים יחשוב עם הטבח כדמי הטרפה, אך הכא דבאמת כשרה היה, ורק דפטרינן ליה בשביל דאונס היה בהוראתו, לכן הקשה שפיר כיון דע"ז שציוה להשליך לכלבים היה פושע, בוודאי מחוייב לו ככתוב במשנה דבכורות, ע"כ מגלגלין עליו את הכל]:

אכן בעיקר היסוד שהביא ראיה מב"ק לכאורה קשה מאד, דהא מבואר בתוס' שם ד"ה מי דמשו"ה בהזיקה משלמת ש"ז דהו"ל לאסוקי אדעתא דפעמים שאומר כן דירא דאם היתה יודעת שהוא ש"ז לא היתה שומרתו, ועוד איך כתב דלר"מ דדן דד"ג מדאורייתא הוי כמזיק בידים ממש, הלא באם שהתורה חייבתו ובעובדא דבטש בכספתא ושדיא בנהרא, ואפ"ה אי לא הו"ל לאסוקי אדעתיה פטור, רק ע"פ שיטת הרמב"ן במלחמות ה' נכונים הדברים, דהוא סובר וכן מסיק הש"ך (ר"ס שפ"ח) דמזיק חייב אף היכא דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, ובאם חייב ג"כ במדליק בשל חבירו ועדים מעידים שהיו בתוכו כלים אפי' בכלים שאין דרכן להטמין [ורבנן ור"י נ"פ רק במדליק בתוך שלו ומשום גזה"כ דפטרה טמון בשל חבירו, בתקנת נגזל באש] ועובדא דבטש בכספתא איירי רק בדליכא עדים, אך לא נחה דעתי בזה, דהא מטרת דבריו בפנים הם בשיטת תוס' ב"ק ואינהו לא ס"ל כרמב"ן, אולם נראה דכוונתו הוא ע"פ שיטת הש"ך (סי' ע"ב ס"ק מ"ס) דס"ל דהא דכתבו תוס' ב"ק בטעמא דהזהרי בו דהו"ל לאסוקי אדעתיה, משום דאי לאו הכי הרי הניזק גופיה פשע במה שאמר לו שהוא של כסף, ולכן בשאל סייף והוא סייף יקר, הגם דלא הו"ל לאסוקי אדעתא כלל שהוא סייף יקר מ"מ חייב בהזיקו בידים משום דהמשאיל לא פשע כלל, והביא ראיה מרמ"א (סי' שפ"ח), וה"ל במומחה דכוותיה, דהבע"ד לא פשע כלל, ולכן יסודו נכון בר' טרפון דלמה פטרו רע"ק, הלא שייך הטעם מאי הו"ל גביה דאזקתיה, [וכן רשם בפנים בקיצור שיטת הש"ך בס"ק הזה], וגם לדעת הש"ג שם דס"ל דהיכא דלא הו"ל לאסוקי אדעתא גם במזיק פטור, וכפשטות שיטת התוס', מ"מ הדברים אמיתים, דנראה דהא דהו"ל לאסוקי אדעתא בהזהרי בו של כסף הוא משום שירא שאם היתה יודעת שהוא ש"ז לא היתה שומרתו, מהני רק שלא יהיה אונס גמור, והוי עכ"פ בגדר גניבה [דע"פ הרוב אדם חס על ממונו, ומי שהזהב שלו יקר בעיניו ויגלה להשומר בפירוש למען ישמרהו ביותר, וכן משמע לשון התוס' דפעמים שאומר כן וכו'], והא דמיבעי' בש"ס אי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא, הספק הוא אי הוי אונס גמור, וכן מלאתי כעין זה בש"ג ס"פ המפקיד בשיטת התוס', והכי דכל מזיק פטור על זה כמבואר בתוס' ריש המניח ד"ה ושמואל, מ"מ כיון דעל כסף הזיק בידים, לכן חייב גם על ש"ז, מה שהוא בגדר גניבה, וה"נ במומחה שטעה דזה ל"ה אונס גמור, כיון דבשכר חייב, [וכ"כ הקצוה"ח (בסימן כ"ה סס"ק ו"ו) כמו בשבח אומן שקילקל דחייב בשכר, והה"ד בדיין מומחה], רק בגדר גניבה הוא, וכיון דמה שהשליך לכלבים הוי מזיק גמור בידים, יהיה חייב גם על טעותו שהוא בגדר גניבה, [ומ"ש בפנים דמומחה הוי אונס גמור לעדופי מילתא משום דדבריו הם כפי דעת הש"ך בשיטת התוס', וא"כ י"ל דגם באונס גמור על ש"ז חייב היכא דהזיק הכסף בידים, ועל הראיה שהביא מהש"ך נהגה"ה יש לפקפק, דהתם על ש"ז לא נעשה שואל כלל, וביותר לפמ"ש תוס' כתובות (נ"ו סד"ה הרי) דכל חיובי השומרים הטעם מפני שהתורה ירדה לדעתן של בני אדם שחייבו עצמם לכל הכתוב בפרשה כל אחד לפי חיובו, ובהזהרי בו של כסף הוא, או בסייף, אמדינן דעתו להיפוך דאילו ידע שהוא ש"ז או סייף יקר לא רצה לקבל עליו חיובי שואל, וכדאיתא בברייתא בש"ס ב"ק (מ')·גבי שאלו בחזקת תם ונמצא מועד, (וכ"מ בקצוה"ח סי' רנ"א סק"ד), וגם דברי הש"ך דמחמת שהניזק פשע שהניח במקום שאין רגילות יפטר המזיק, ק"ק בשיטת תוס' ב"ק לומר כן, דהא כבר כתבו התוס' שם (כ"ג) ד"ה וליחייב דאפי' ע"י מעשה בהמתו לא מיפטר משום זה, דיותר יש לאדם ליזהר עצמו שלא יזיק משלא יוזק]:

והנה כ' אלי ידי"נ החריף וכו' מוה' יהושע לבי מיכל נ"י מירושלים ת"ו. לכאורה יש להפליא על זה שכתב רבינו זללה"ה (באות ב'), מתירולא דר"ח דס"ל דגם בשיקול הדעת היכא דלא נו"נ ביד הדר דינא, וקשה מעובדא דר"ט, ממנ"פ דכר"מ לא מוקמת, דהא גם מומחה חייב לדידיה משום דהוי מזיק בדיבור למזיק בידים, ונימא מאי הו"ל גביה דאזקתיה, ואי מוקמת כרבנן, בלא מומחה ג"כ פטור משום אילו הוי קמן, היכא דלא נו"נ ביד, דלר"ח גם בשקה"ד חוזר בלא נו"נ ביד, ובנו"נ ביד בוודאי קשה דהא במזיק בידים גם מומחה חייב משום דמאי הו"ל גביה דאזקתיה כקושיית רבינו זלוק"ל, אכן כדי ליישב דברי קדשו י"ל בזה דהא דס"ל לר"ח דבלא נו"נ ביד

הדר דינא הוא רק בדיין שאין לו כח מה"ת לדון רק מדרבנן משום נע"ד, אזי לא נתקיים הפס"ד שלו עד שיחזק דבריו ע"י מעשה, משא"כ במי שהורשה מן התורה לדון יש כח לדבריו לחול גם בלא מעשה, והסברא ג"כ נכונה למעיין בזה, ומש"ה א"צ לומר דעובדא דר"ע מיירי בנו"כ ביד, דבהוראה יש רשות לגמיר וסביר מה"ת להורות, ואין הדין חוזר בשיקול הדעת גם בלא נו"כ ביד, ושפיר י"ל דלר"ח חדא ועוד קא"ל כמו לרב ששת. אך קשה ע"ז ממתניתין שחילקה בין דיני ממונות לדיני נפשות דבד"מ מחזירין בין לזכות בין לחובה, ובד"נ אין מחזירין לחובה, הא אין חילוק בין ד"מ לד"נ דהא בד"נ ליכא ב"ד מתקנת חז"ל, רק סמוכים, ובכה"ג גם בד"מ אין מחזירין, ואם נימא דהרבותא הוא מה שמחזירין לזכות איפכא הו"ל למיתני, ד"מ אין מחזירין לזכות היכא שדנו סמוכים, וד"נ מחזירין לזכות, אכן לפמ"ש רבינו זצוק"ל בסוגיא זו [כמת הוא בסי' נ"א אות ג'] בשיטת הרי"ף, וכתב דזהו כוונת הרי"ף שתלה דרב חסדא בדרב ששת, משום דלרב חסדא ע"כ צ"ל דעיקר הרבותא הוא שאין מחזירין לחובה אף בדבר משנה, וה"נ י"ל לשיטת התוס' דבד"מ חוזר הדין בדבר משנה לעולם גם בסמוך, ובד"נ אין מחזירין לחובה אף בטעה בדבר משנה, עכ"ד, ונראה דבל"ז ניחא דלר"ח מוקמינן דר"ע היה נו"כ במקצת ואותו המקצת לא היה ש"פ, ולענין קיום הדין וגם לענין תשלומין מביתו הוי כנו"כ בכולה, כמבואר בפנים (לקמן באות י"א) ע"כ אמר לו ר"ע מומחה אתה, דאל"ה היה הדין דחייב לשלם, אך משום דמומחה הוא פטור, וע"ז ל"ש לומר מאי הו"ל גביה דאזקתיה כיון שלא היה ש"פ, וגם אם היה ש"פ אך אם ההפסד ממה שהיה ראוי למכור לנכרי אינו ש"פ, ג"כ נראה דל"ש בזה מאי הו"ל גביה דאזקתיה, ולפמ"ש (באות ד) ניחא בפשטות:

באות ג ביאור קושיית הש"ך לשיטת הרילב"א בטוב טעם. והנה יש דקדוק גדול בלשון הש"ס א"א בשלמא טעה בד"מ אינו חוזר אלמא קם דינא, דשפת יתר הוא לגמרי, דידוע לכל אם אינו חוזר דקם דינא, ועיי' בפירש"י שם, ועודנו לא ידענו טעמו בכפילא דלישנא, ולפמ"ש בפנים כאן תאורנה עינינו, כיון דטעה בד"מ אינו חוזר, אלמא דיש שם דיין ע"ז גם שטעה טעות גדול וטעה בד"מ, מיקרי הוראה וקם דינו, [וזה שכתב רש"י ומה שהורה הורה, דמיקרי ג"כ הוראה כמו למסקנא בטעה בשה"ד], ולהכי הכל ניחא, דקמפחיד ר"ע דיצטרך לשלם דמטעם קיבל עליה ליכא לפוטרו בטעה בד"מ [אפי' לס"ד דרב המנונא]. ומה דאמר ליה ר"ע שהוא פטור מטעם מומחה לחוד, כיון דמחוייב להורות והורה, דגם זה מיקרי הוראה, אלא א"א טעה בד"מ חוזר ולא מיקרי הוראה כלל, וע"כ הא דפטרו ר"ע הוא כרבנן ומשום דאילו הוה קמן [דאי לר"מ קשיא בדרבה מינה דלמה פטרו ר"ע הלא אילו הוה קמן ל"א לר"מ ומשום דמומחה הוא לא מהני, הלא הוא מחוייב רק להורות ולא הורה] ופטורא דמומחה הוא משום לצ"ש [וכ"כ בתומים ס"ק ד' בתוך ד"ה ויותר נראה, דמומחה פטור אפי' לצ"ש], א"כ למה שבק ר"ע לעיקר הטעם דפטור מצד הדין:

באות ד מביא בפנים קושיית הש"ך על תוס' חולין [בתומים בס"ק הנ"ל מביא בשם קונטרס הגאון ר' חיים יונה זצ"ל שמדחה קושיא זו דדילמא ר' אבא לא דאין דד"ג, אולם נראה לי להוכיח דגם ר' אבא דאין דד"ג, מהא דמבואר בש"ס ב"ק (קי"ז:) ההוא דאחוי אמטכסא דר' אבא וכו' אמרי ליה זיל לגבי דר"ש בן אליקים ור"א בן פדת דדייני דד"ג, אזל לגבייהו חייביה ממתני' וכו' ע"ש, ואם נימא דר' אבא לא דאין דד"ג בוודאי לא היה מקבל מההיא דאחוי, את שיווי המטכסא, ואין לומר דמה"ט לקח ממנו משום דמחוייב לצ"ש, דז"א דבוודאי לא רצה ההוא דאחוי לצאת ידי שמים (דא"כ למה הוצרך לילך למי שדאין דד"ג), וכיון שהוא לא נתכוין לצ"ש רק שר' אבא הלך לר"ש ב"א ור"א ב"פ שיכפוהו לשלם מדינא, ואמאי הלא מדינא פטור (לדעתו דר' אבא דלא דאין דד"ג), והנתבע לא רצה לצ"ש, ע"כ לא היה לו לר"א לקבל ממנו, וכדאיתא בש"ס סנהדרין (ע"ב) גבי דיכרי דאיגנבי לרבא במחתרתא, ובתוס' שם ד"ה לא, והגם דהתם לא נשמע זה רק מרבא, אבל כיון דלא מצינו חולק ע"ז מסתמא גם ר' אבא סובר כן, אלא צ"ל דגם ר' אבא דאין דד"ג, ונלבה קושיית הש"ך], ומתרץ ע"ז דתליא באיבעיא אי עשו תנב"מ, וצריכין להמתיק הדברים, ובפרט דתוס' ב"ק כתבו בפירוש דלר"מ חייב גם היכא דשייך אילו איתא קמן הוי הדר, הלא כיון דאיבעיא לא נפשטה מספיקא אין מוציאין ממון, ונראה לבאר דהנה שיטת הרמב"ם דדיין פטור בגורם להזיק, כיון שלא נתכוין להזיק, ואף דמזיק חייב בשוגג כמזיד, [וכתבו הטעם בשיטתו דתקנה עשו בדיין דאל"כ לא יהיה שום אדם מתרצה לדון אם יטעה וישלם], ובשיטת התוס' י"ל דזה תליא בהאי איבעיא, וללד איבעיא דלא עשו תנב"מ הרי דמזיק בדיבור לא הוי כמזיק גמור, ורק מדרבנן הוא דחייב [וכמו שהקשה הש"ך מובא בפנים באות הזה] וזהו באחוי שבמזיד הזיק, אבל בדיין שבשוגג הזיק לא קנסו רבנן, וזהו אליבא דידן דבדרבנן לא קנסו שוגג אטו מזיד [גיטין נ"ג:] עיי"ש בסוגיא וברש"י, כיון דהיזק שאינו ניכר ל"ש היזק, רק מדרבנן הוא דקנסו לא קנסי' שוגג אטו מזיד, לכן כתבו תוס' בחולין דלא מחייב רק בנו"כ ביד, [וכן ס"ל לתוס' ב"ק לדינא וכמו שכתוב בפנים בפירוש לקמן באות י"ב], ומה שכתבו בב"ק דחייב לר"מ הוא רק ליישב השקלא וטריא דש"ס שם דלר"מ מחוייב אפי' בלא נו"כ ביד, בטיהר אה"ע זעירבן, משום דלר"מ בדרבנן קנסו שוגג אטו מזיד כדאיתא שם בגיטין [וכמ"ש תוס' שם ד"ה שלא, בשם רבינו אפרים, וכ"כ התוי"ט פ"ד דבכורות דהא דמחייבינן לר"מ גם בלא נו"כ, הוא משום דקנים שוגג אטו מזיד הגם שהוא מטעם אחר כמבואר שם בדבריהם, מ"מ בעיקר הדבר כתבו רבותינו הראשונים כן], ולדידיה מחוייב ממנ"פ אי עשו תנב"מ, הוי דיבור כמזיק גמור וחייב מדינא [ולא מקנסא דלר"מ בדאורייתא ל"ק שוגג א"מ], בין שוגג ומזיד כמו כל מזיק, ואי לא עשו תנב"מ הוי רק החיוב מדרבנן ובדרבנן קניס שוגג א"מ:

איברא עכצ"ל דכל זה הוא רק בשיטת תוס' שלא יסתרו א"ע, אבל הרא"ש והטור דפסקו לדינא דדיין חייב בגרמי, הרי דלדידהו אינו תלוי דין זה באיבעיא דש"ס אי עשו תנב"מ, ולדעתם מתרצינן קושיית הש"ך כמו שכתוב בפנים באות הקודם:

מ"ש [באות ו'] דע"כ צ"ל כן לר"ח, הכוונה בפשטות דגם בלעדי קושיא זאת דלקולא לא אמרינן ק"ד, ואפי' אם גם לקולא נאמר ק"ד, הא לר"ח ל"א ק"ד רק היכא שע"פ מעשה הדיין א"א שיהרס הדין אפי' אם טעה, זולת ע"י מעשה אחרת, דהיינו בחייב אה"ז אם נוציא מיד התובע, וכמו כן אינך דיני דתני התם, אבל באיסור אם טעה ממילא בטל היתרו, וע"כ הא דאוקמי הש"ס לר"ח בשעירבן איירי ברוב, הה"ד לר"ש:

באות ח בפירושו בר"ן, וכתוב שם, דלענין קיום הדין בדיני או"ה פשיטא דליכא לפלוגי בין קבלוהו או לא, מובן כפשוטו, דצ"ל דגבי או"ה ג"כ מיירי בקבלוהו דאל"כ אין דינו דין, אפי' לא טעה, דזהו בד"מ, אבל לא באו"ה במומחה:

באות ט לפרש דברי תוס' ב"ק, דזיכה אה"ח וחייב אה"ז דמי לזורק חץ, אבל בטימא את הטהור בוודאי דומה לזרק כלים מראש הגג, ועדיף מיניה כיון דע"י הוראתו נטמאו מעכשיו והוי כשבורין לגמרי מעת שיצא הוראתו מפיו:

באות יא מ"ש בפנים לתרץ דברי תוס' ב"ק, מטרת הכוונה הוא, דהש"ס אגב אחרינא מפרש להו כדי להורות לנו כחו של נו"כ ביד וכמ"ש בפנים, אך לרב ששת אין שום נפקותא בזיכה אה"ח או טימא אה"ט, אי נו"כ ביד או לא, כיון דק"ד גם לא נו"כ ביד, ואיככה נוכל לראות מזה כחו של נו"כ ביד, הלא לא צריך כלל לזה, לכן הקדים דהש"ס מתרץ גם אליבא דר"כ ובפרט לשיטת הראשונים דרב ששת לא פליג על ר"כ, וס"ל דביש גדול הימנו חוזר אפי' טעה בשה"ד, וא"כ מה דקתני מה שעשה עשוי איירי באין גדול הימנו, אבל וישלם מביתו מיירי אפי' ביש גדול הימנו, וליתא דתיהדר, דהיינו בזיכה אה"ח והלך הנתבע למדה"י, ובטימא את הטהור, דנגע בהו שרץ, וע"כ איירי דנו"כ ביד, דאי לא"ה יוכל לומר אילו הוי כאן גדול הוי הדר, ולא עביד בדיבורו מעשה, וע"י שנו"כ ביד חייב, דאי לא נטל המשכון ממנו, והודה הדיין שטעה לא היה צריך ליתן לו המשכון, לא מיבעיא לדעת הרמ"ה והש"ך [מובא בפנים באות הקודם] ואפי' לשיטת הטור זכו לדידן דק"ד לחלוטין, אבל אי מחלקינן בין יש גדול או לא, הטעם דק"ד משום דלא מהימן ליה שטעה, פשיטא דהמחזיק במשכונו דא"צ להחזיר המשכון מספק דילמא באמת טעה, ובטימא אה"ט בלא נו"כ בוודאי פטור משום אילו הוי כאן גדול הימנו וכו', וגם בנו"כ ביד יש לחקור, כיון דגם בלא מעשיו הוי ק"ד ומחמרינן כ"ז שאין גדול הימנו וממילא דלא שייך לו במעשיו מאומה, וע"ז כתב בהגה"ה בפנים, דיש לומר דמ"מ חייב בנו"כ ביד, די"ל לו השתא דנו"כ ביד הודאתו לחובתו כמאה עדים שטעה והרי הפסידו ע"י מעשיו [ועי' בחו"ד בחידושיו בסי' קכ"ז סעיף ב', ויש לחלק מהם], וכיון דלדידהו מוקמינן בע"כ בנו"כ ביד

ביד, מזה ידעינן כמו ואילו של נו"כ ביד בחייב אה"ז או בעיקר אה"ע, גם אליבא דר"ש :

מ"ש בפנים דבנו"כ ביד במקלט חייב לשלם בכולה, לשיטת הרי"ף בסברא כן הוא, כיון דק"ד בכולה, כמו שהכריח הקצוה"ח, ע"כ דמשלם הכל, דאל"כ הדר הוי פסידא דבע"ד, וכמ"ש הש"ך כאן [ס"ק נ"ח] היכא דלא הסכימו השלשה ביחד ועשו כדברי השנים, וטעו השנים, דהשלישי אינו משלם, דאמר אי לדידי צייתיתון אתון נמי לא שלמיתון, וכתב הש"ך בשם בד"ה דהדין חוזר ע"ז השלים כי היכי דלא ליהוי פסידא דבע"ד, והתם לא נוכל לחייב את השנים בכולה כדאיתא הטעם בש"ס סנהדרין [דף ל'] דלימרו ליה אי לאו את בהדן לא הוה סליק דינא מידי :

בסימן נא

[אות א] לכאורה ק' ע"ז מדברי תשו' הריב"ש [סי' מ"א] מובא בש"ש [שמעתא ב' פי"ז], עי"ש, הרי גם דהיא נסתבכה באותה תביעה, דאין לה אל מי לפנות ולבקש שכר מניקתה ואפ"ה ל"מ ברי דידה, אבל ראיתי בריב"ש עצמו. והנה שם [בסי' מ"א] לא הזכיר זה הטעם כלל, רק משום שהתורה האמינתו להאב דכתיב יכיר, וגם בסי' מ"ב כתב לעיקר, טעם זה [וממנו מתחיל וכו מסיים בסוף הסי'], רק לסניף הוסיף משום דל"ה טענתה טענת ברי, ועיקר דינו של הריב"ש מובא בב"ש [ס"ס ע"א ובסי' ד' ס"ק מ"א], וראיתי בבית מאיר [שם] שכתב דלהריב"ש טעם זה אינו לעיקר [אך לא מסברא זו], ושם מביא תשו' התשב"ץ שחולק על הריב"ש, ועפ"י סברא המבואר בפנים מתורץ דברי תשובת התשב"ץ ממה שעמד עליו הב"מ, דדוקא לגבי ירושה ל"מ טענת ברי דידה, משום דאין נוגע לה כלל, אבל בהנקה היא נסתבכה בזה, וגם בטעמו של הריב"ש י"ל משום דהיא איננה מחוייבת בזה, הגם דבוודאי תיניקהו מ"מ כיון דל"ה החיוב עלה ל"מ ברי דידה:

באות ו בהחילוק שבין גזלן למזיק, היכא דאיפשר להוציא מן השני, וראיה לזה ממ"ש ב"ק [צ"ח] גבי הזורק מטבע של חבירו לים הגדול דפטור דא"ל הא מנח קמך, וה"מ דאדיי אדויי אבל שקלי' בידיה מיגזל גזליה השבה בעי מיעבד, ובתוס' שם :

וגם מ"ש דבגזלן לא נתחייב בשוגג, יעוי' בקצוה"ח [ר"ס כ"ה] ובנתיבות שכתבו כן, ולכאורה יש להעיר מרש"י פסחים [ל"ב] ד"ה איבעיא להו וז"ל בגזלן דחולין שוגג או מזיד לא איבעיא לן דוודאי לפי דמים משלם, ויעויין במח"א [ריש הלכות נזקי ממון] שהוכיח מרש"י שם דדוקא בגזלן משלם כשעת הגזילה, משום דכתיב כאשר גזל כעין שגזל, אבל במזיק אם הוזל דבר הניזוק משלם כי השתא, ואם כן ע"כ כוונת רש"י אינו מטעם מזיק רק מחמת גזלן, ואפ"ה כתב דחייב גם בשוגג, [ועי' בפנ"י שם], וי"ל דרש"י מיירי בשוגג על איסור גזל, וידע שהוא גזול, ובגוונא דאזלא הסוגיא התם בשגג בתרומה :

באות ח בד"ה ועתה נשים, כתב דבחייב אה"ז ולאחר גמר דין תפס המלוה דחייב לשלם לר"ש, ובסוף האות הזה כ' דפטור משום דאילו הוה קמן, וכן כ' לקמן (באות ט), גם לדעת הגאון, ולכאורה נראה דזהו מילתא תליא, לפמ"ש לקמן (באות י'), דלטעם הראשון שם משום שהלוה הפסיד לעצמו, ממילא בתפס המלוה חייב הדיין דלא פשע הלוה כלום, אבל לטעם השני משום דירד ברשות גם בתפס הדין כן, לכן היה חוכך מתחלה (באות ח) לחייבו בתפס משום טעם הראשון :

באות ט כ' דבסברא בעלמא פליגי הגאון עם הרב בהלכותיו, בלא גמיר וקיבלוהו, לכאורה י"ל דבזה נסתר כל מ"ש וחידש בדעת הגאון, ולעולם דגם הגאון פוסק כר"ח, ואיירי רק בלא גמיר, דגם הרי"ף מודה דהדר דינא, אכן דהגאון הקדים (במאמר הג') דהא דאוקימנא למתני' בנו"כ ביד, כי היכי דלא ליסתמוה כר"מ דדאין דד"ג, מזה מוכח דלדידן דפסקינן כר"מ מוקמינן למתני' גם בלא נו"כ ביד, וכר"ש, ומשם נובע מה שמחדש בפנים בדעת הגאון, רק מה שהוסיף הגאון דבאינו מומחה הדר דינא, הכריח בפנים דגם בסברא זאת פליגי בלא גמיר וקבלוהו :

באות יא כ' דכשהדיין פוסק דמותר לבטל, וטעה, והבע"ד עשה כן, לא הועיל כלל ואינו בטל, דהוי כמבטל במזיד בשביל חבירו דשגגת תלמוד עולה זדון, כמו דמבואר בתוס' לענין תשלומין בהיזק שאינו ניכר, לכאורה ק' ע"ז מאוקימתת רב חסדא דאיירי כשנו"ב ומה שעשה עשוי דעיקר אה"ע מיירי כשעירבן הדיין ברוב פירות, וכן מבואר בהדיא בתוס' ב"ק (ק') בד"ה עיקר אה"ע, וקשה דכיון שהדיין עירבן ברוב לא ליבטלו, הגם שהפסק היה רק על היתר אכילה, ובכגון זה מיקרי שוגג, וזהו רק אם הבע"ד עירבן אבל לא אם עירבן הדיין, [ויש להתעקש בזה, דמ"מ הפסק היה רק על אכילה והתערובת נעשתה בשגגה], ונראה דמ"ש בפנים הוא רק היכא שכוונת החכם שיתבטל, אבל לר"ח מוקמינן דלא היתה כוונתו לבטלם ולערבם בפירות מרובים דווקא שיהיה כשיעור הראוי להתבטל בתוכם, רק בכדי לחזק הפסק עירבם בשאר פירות, בכדי להראות שנוהג בהם כדרך שנוהגין בפירות עשורות, והוסב הדבר שהיה בהם כדי לבטל, אבל כוונת החכם לא היתה לבטלם, א"כ גם אם נאמר בזה דשגגת תלמוד עולה זדון, לא יהא אלא שהיה מזיד ויודע שהם טמאים ועירבם עם פירות בעל הבית ואין כוונתו לבטל, דטהורים הם, כמבואר בש"ע יו"ד (סי' פ"ד סי"ג) ובמג"א (ס"ס תמ"ז) דאם אין כוונתו לבטל מותר, והא דכתב המג"א (סי' ש"ח סק"ג) בשם תשובת רד"ך [בית כ"ב חדר ה' כנ"ל] דאם עשה עפ"י הוראת חכם מיקרי שוגג, ולכאורה ד"ק סותרים את מ"ש בפנים כאן, דהא שם ג"כ נימא דשגגת תלמוד עולה זדון, אבל ז"א דלא אמרינן כן רק היכא שבשביל זה יקנס הדיין כגון שטעה ופסק שמותר לבטל, אמרינן דדנין אותו כמזיד ואסור למכור לישראל אחר, ויקנס הדיין בזה שישלם לו היזקו, משא"כ במבשל בשבת שלאחר שימתין בכדי שיעשה בוודאי יהא מותר למכור לישראל אחר, רק שהוא יהא אסור לאוכלו, וזה אינו הפסד ממון שישלם לו הדיין בעבורו, רק הוא קנס בעלמא שאסור לו לאכול, והוא היה שוגג שעשה עפ"י הוראת חכם, ולמה נקנוס אותו :

הגה"ה

בהאי עניא אמרתי ע"ד המהרש"ל מובא בט"ז יו"ד (שם סק"י) דהא דאין מבטלין איסור לכתחלה ואם עבר וביטלו אסיר למי שנתבטל בשבילו, היינו דוקא שידע זה שנתבטל בעבורו וניחא ליה ואז אסור אפי' לא ציוה אותו לבטלו אבל אם לא ידע ממנו הרי ליה, ואמרתי דיש לתת טעם לד"ק דכאן הדרא לדוכתי' קושיית תוס' יבמות (פ"ג:) ד"ה אין, שהקשו דהנותן נבלה לתבשיל של חבירו לא תאסר התבשיל מטעם דאין אדם אוסר דבר שא"ש, ותירוצם משום דלא תליא במחשבה בגם אם יפול מעצמו יהא אסור, לא שייך כאן דהא אם נפל בשוגג מותר, ובפרט דאפי' במזיד אם אין כוונתו לבטל שרי, כמ"ש בש"ע יו"ד ובמג"א הנ"ל, ע"כ אם זה שנתבטל בשבילו אינו יודע כלל ולא ניחא ליה בזה, לא נאסר, דהא א"א אוסר דבר שא"ש, אבל היכא שידע מזה וניחא ליה, בזה הוא דאסור, דבדבר שא"ש סגי היכא דניחא להבעלים, כדאיתא בש"ס פ"ז (נג:) מדפלחו ישראל לעגל גלו אדעתייהו דנ"ל בעכו"ם וכי אתו נכרים שליחותא דידהו עבדו, והתם לאו מתורת שליחות אתי עלה דהא אין שליחות לדבר עבירה ואו"ש לנכרי, וכמ"ש האחרונים, רק דבדבר שא"ש א"צ שליחות וסגי היכא דניחא להבעלים, וזהו דדייק הט"ז בלשונו דהיינו דוקא שידע זה שנתבטל עבורו וניחא ליה, אח"ז עיינתי בדברי מהרש"ל עצמו ביש"ש (פ"ז דחולין סי' נ"ט) וראיתי שכ' והוסיף עוד איזה מלות וז"ל אבל היכא שביטל דבר שא"ש וזה לא ידע ממנו בוודאי שרי ליה עכ"ל, ונראה להדיא שכיוון לדברינו אלה, דמטעם אין א"א דשא"ש אתי עלה, לפ"ז יש לדון ע"ד רבותינו האחרונים שלמדו מדברי תשובת הריב"ש היפך דעת מהרש"ל וט"ז, מדכתב (בסי' תנ"ח) דאם ביטל על הסתם למי שירצה לקנות הרי הוא כמו שנעשה בשבילם ביחוד ואסור לכולם (וכ"כ מרן רעק"א זצוקללה"ה בחידושיו על היו"ד), ולהנ"ל נוכל ליישב, דהריב"ש מיירי היכא שהבעלים עצמם מבטלין דא"ל דעתם של אחרים כלל :

ועיין בט"ז יו"ד (סי' צ"ט סק"ט) דאומר מותר הוי שוגג לענין דינא דאין מבטלין איסור לכתחילה, ואין זה סתירה למ"ש בפנים, דשם לא שייך שגגת תלמוד עולה זדון, דמסתברא דזה ל"א רק גבי דיין אשר עליו מוטל להורות לבנ"י את הדרך אשר ילכו בה, משא"כ באינש דעלמא, ובהכרח צריכינן לומר חילוק זה, דמבואר בש"ס מנחות (מט.) דמתני' דכהנים שפגלו במקדש בשוגג פטורין מיירי היכא דידע דחטאת הוא ומחשב לשם שלמים ובאומר מותר [ועיי' רש"י ב"ק (ה) בד"ה ומפגל, כהן ששחט קרבנו של ישראל חטאת לשם שלמים וכו' עכ"ל, ובפנ"י שם, ובמל"מ פ"ז מה' חובל ומזיק ה"ד] וכמו כן במתני' דמטמא ומדמע ומנסך מבואר ברש"י חולין (מ"א) בחד פירושא דמנסך בשוגג היינו שלא ידע שנאסר ע"י ניסוך זה, וק' ע"ז דנימא שגגת תלמוד עולה זדון ויהא חייב לשלם, כמ"ש תוס' בסוגיין גבי דיין, דגבי תשלומין אמרינן סברא זאת, ובע"כ צ"ל דזה אמרינן רק גבי דיין, אבל לא באינש דעלמא, וא"ל דגבי פיגול נמי נימא דהכהן יתחייב

יתחייב משום דעליה דידיה רמיא, דהא שם איירי בשחיטה כמ"ש רש"י ב"ק הנ"ל, ושחיטה כשירה בזר, א"כ לא שייכא לכהנים דווקא:

באות יג הראיה להרי"ף, כן הוא, דל"ל להש"ס להמציא גוונא רחוקה שהיה ביד המלוה משכון ונטלו הדיין ממנו כלישנא דש"ס, דמסתמא כשיש להם דין ודברים יחד לא הביא המלוה עמו המשכון להראותו לב"ד דמה תועלת יש לו בזה, הו"ל לאוקמי במלוה בשטר ולפי תומו הראהו לב"ד לברר טענותיו עי"ז והשהה ביד הדיין ופוטר את הלוה לפי טעותו נתן השטר ללוה, ועוד דל"ל לרבינא לאוקמי במשכון הלא גם בלא משכון משכחת, דהלואה שהיתה בלא משכון מסתמא היתה בשטר כדאמר רבינא עצמו ס"פ איזהו נשך, דרשאי להלוות רק בשטר, ובש"ע (ר"ס ע'):

בסימן נב

מ"ש [באות ב'] בראיית הבעה"מ, דלא כשיטת הרא"ש דגם נטילת רשות מר"ג הוי משום מילתא יתירתא, לכאורה הלא ברא"ש ריש סנהדרין (סי' ב') מבואר דנט"ר מהני גם לאינו מומחה, אך דרך הבעה"מ כולהו בחדא מחתא מחתינהו, דטעם א' להם משום מילתא יתירתא, לכן הקשה ע"ז מאיבעיא דש"ס, אבל הרא"ש דגם לו הוקשה זאת על שיטתו, מאיבעיא דש"ס, בעבור זה לקח לו טעם אחר בנט"ר, ומש"ה מועיל גם לאינו מומחה:

שם [באות ד] דאתה קללת אינו נאמן הגם דיש לו מיגו בעיקר חזקה ודמי למיגו דהפה שאסר דעדיפא, וכמ"ש הרמב"ן ב"ב (ע') דלהכי נאמן פרעתי במיגו דמזויף משום דהוי מיגו דהפה שאסר [מובא בארוכה בפנים בסי' נ"ו]:

מ"ש בפנים [באות ד] בתירוץ השני על קושיית הקצוה"ח לשיטת הבעה"מ בקרע כסותי, נראה בהבנתו דדוקא בדיין דהחיוב הוא מחמת שמירת גופו כמו שומר בחפץ חבירו, וע"ז עביד איניש דלפעמים פוטר לחבירו, אבל במזיק בידים דהיזקו ברור, לא שכיח כלל שיפטור לחבירו, וכבר מצינו חילוק זה, דמי שהפקיד לחבירו דבר בסתם ול"א שמור לי דלא הוי שומר, כמ"ש תוס' והרמב"ן ס"פ החובל, ובנותן לחבירו סתם באכול עמי (ש"ע סי' רמ"ו) וכיוצא, חייב לשלם, הרי דבחיוב אחריות כיון דל"א בפירוש שמור לי, אמרינן דפטרו מזה, והיכא דהחיוב אינו מטעם אחריות, רק היזקו ברור, בוודאי לא פטרו עד שאמר בפירוש [וגם לדידן דפסקינן בש"ע (סי' ש"פ) בקרע כסותי דפטור דלא כבעה"מ, מבואר הדבר בקצוה"ח (סי' רמ"ו) דלשונו אינו משמע לפטור, רק דממילא פטור כיון דהזיק ברשות, ובאכול עמי חייב מטעם נהנה], וזהו סברתו של הבעה"מ, בקרע כסותי דהיזקו ברור, ולאו משום גדר אחריות הוא כלל, אינו בלשון זה לפוטרו, עד שיאמר בפירוש ויפטר, אבל בדיין דחיובו מטעם אחריות גופו כמו שומר על חפץ חבירו, וע"ז עביד איניש דמחיל, וכיון דאמר בין לדין בין לטעות עדיף עוד ממפקיד שהפקיד בסתם ולא התנה בפירוש שיהיה שומר שלו, דפטור, משום דעביד איניש דמחיל ע"ז [והגם דלפמ"ש הנתיבות (סי' רנ"א סק"ב) דזהו דווקא בדבר שא"צ שמירה כגון שיחד לו מקום, אבל בדבר שצריך שמירה גם בלא א"ל שמור לי חייב, אין ראיה משם, מ"מ הדברים בעצמותם מסתברים לחלק בין היזקו ברור או לא, ובפרט דממקומו משמע לכאורה דלא כנתיבות, דהא תוס' ורמב"ן הנ"ל הוכיחו דהא דתניא לשמור ולא לקרוע, ע"כ הכוונה דגם אם הזיקו בידים פטור, דלפוטרו מפשיעה א"צ שיאמר קרע, דהא אם לא אמר שמור ג"כ פטור, והתם כיון דאמר ליה קרע בוודאי לא מייחד ליה מקום, ולדברי הנתיבות נוכל לפרש דפטור רק מפשיעה, ופטור רק משום דאמר לו קרע, דבלא"ה חייב, כיון דמיירי שלא ייחד לו מקום, והא דל' הרמב"ן שם דהיכא שמוכח מעניינו לשון שמירה חייב, היינו שאמר לו בלשון שמוכח מלשונו שישמור לו, אבל בלא"ה משמע דפטור, וזהו הטעם בדיין היכא דא"ל בין לדין בין לטעות דפטור אפי' לדעת הבעה"מ, דהא עדיף משומר שלא א"ל המפקיד שמור:

ועיין במלחמות ד' שם שהקשה על הבעה"מ שמפרש מאי דאיתא בש"ס דבדאתי לידיה בתורת קריעה פטור, היינו שפטור מדין שמירה, ואינו חייב בפשיעה, וע"ז הק' הרמב"ן כנ"ל דאפי' בלא קרע כיון דלא א"ל שמור פטור, ומלבד זה הלא אי לאפטורי מדין שומר פשיטא, ועוד הקשה וז"ל ובר מן דין היכי מתפרש ליה ליבנא בגמרא דקאמר הא דאתי לידיה בתורת קריעה, מאי אתא לידיה, ומאי בתורת, ה"ל למימר מאי פטור מדין שמירה עכ"ל, ולפי הדברים הנ"ל אפשר ליישב קצת דברי הבעה"מ דהוא מפרש ג"כ בש"ס דמיירי לענין מזיק, אך בזה הוא דחולק עם שאר רבותינו הראשונים (בפירושא דשמעתא) דהם מפרשים דמיירי באמר לו קרע כסותי והגם דבכה"ג לא פטר אותו משום דהיזקו ברור מ"מ פטור משום דהוא מזיק ברשות, ושיטת הבעה"מ דבכה"ג חייב, כיון דלא פטר אותו ומזיק ברשות ג"כ חייב, רק הא דמיעטה התורה לשמור ולא לקרוע מיירי בגוונא דאמרינן דפטר אותו כגון היכא שאין היזקו ברור, וחיובו הוא רק מטעם גדר אחריות, כגון בנתן חפצו על יד חבירו, כאנסלר או דיין וכיוצא, ואמר לו לישנא דקרע כגון בין לדין בין לטעות, דפטור אפי' על גרם נזקי גופו, כיון דהחיוב הוא רק מטעם גדר אחריות, אמרינן דפטר אותו וכנ"ל, וזה איצטריך לאשמועינן דהא שאר בני אדם חייבים אפי' לא נעשו שומרים, והוא פטור, ולישנא דבעה"מ דלא אתא לאשמועינן אלא דין שמירה, כיון דגם זה כעין שמירה הוא, כמו ששומר חייב על שמירת ממונו הוא מחוייב לשמור גופו, אבל לפטור אותו מדין שמירה, פשיטא וא"צ לפנים, והקושיית הרמב"ן, דגם הבעה"מ סובר בזה כשיטת תוס' ורמב"ן דהיכא דלא א"ל שמור פטור]:

בסימן נה

מ"ש אאמו"ר זללה"ה דגם לדעת הפוסקים החולקים על הראב"ד וכו', כוונתו דגם לשיטת הפוסקים דגם היכא שאינו מעיד על עצמו אמרינן פ"ד, מ"מ ל"א פ"ד רק היכא שאין להם תורת עדות על צד הבטל דהיינו שאינם עוברים על לאו דל"ת אם ישקרו, ולכן בפלוני רבעני לרצוני ודכוותיה דגם אם נאמין לו בב"ד, דהיינו לר' יוסף דאית ליה אדם משים עצמו רשע, מ"מ אם נמצא שקרן בדבריו לא עבר על ל"ת, דלגבי עצמו או לקרובו אין לו דין עדות לזה, ומש"ה לדידן דפסקינן כרבא אינו נאמן כלל [או דאינו מועיל לבטל] ואמרינן פ"ד, משא"כ לגבי זה שאמרו שהיה עמהם קא"פ, יש להם ת"ע ועוברים על ל"ת ל"א פ"ד, והא דאמרינן בפלוני רבעני פ"ד, הגם דעד השני שהעיד עמו יש לו ת"ע, כבר כ' הראב"ן מובא בתומים (סי' פ"ז ס"ק כ"ו) דמיירי שהעד השני אינו מעיד שהוא נרבע לרצונו רק שנרבע מאחר, ולשאר הפוסקים החולקים על הראב"ן כתב האו"ת שם הטעם משום דע"י ע"א לא נפסל עי"ש, אבל לכ"ע ל"א גבי עד השני פ"ד:

באות ג כתב דהא דנמצא א' מהן קא"פ עדותן בטלה גם בד"מ, הגם דמ"מ נתברר האמת ע"י הכשרים, ובממון ל"ב דין עדות ולא איברו סהדי אלא לשיקרא, הוא דמכיון שהתורה פסלם ואין להם דין עדות שוב אינם עוברים על לאו דל"ת ויכול להיות דמשקרים, וא"ל מדברי תוס' בסוגיין בד"ה אמר רבא דקא"פ ל"ב תוכ"ד משום שהם אומרים אמת והיה להם צירוף בשעת ראיה, דזהו על תחילת הדין ואנו דנין שבוודאי הכשרים אומרים האמת, והיה להם צירוף בשעת ראיה, ע"כ הוא גזה"כ דאין להם דין עדות משום צירוף הקא"פ, ולא עוברים על ל"ת, ומזה נגרר דחיישינן דילמא משקרים גם הם, ותו לא איכפת לן בצירוף, כיון דכלם הם משקרים:

ומ"ש בפנים [באות הנ"ל] דהיכא דהעדים והב"ד לא ידעו בקרבותם, שעדותן קיימת, ולית בהו תורת הזמה, ולכאורה קשה הא הו"ל עדות שאא"ל, אבל באמת מאי בכך דאא"ל, שאין להם דין עדות, הלא גם בלא"ז אין להם ד"ע, רק מכל מקום נתקיימה עדותן מחמת חזקה דלא יעברו על ל"ת, והא דס"ל להפוסקים דעדות שאא"ל גם בממון ל"ה עדות, ובפרט דמן התורה משמע דכ"ע מודים דבעינן יכול להזימה כמבואר בנמו"י, וביותר יקשה לכאורה גבי א"י בחקירות דמה"ת עדותן בטילה, כדאיתא בש"ס פ' אחד"מ להדיא, ול"א דנכשיר עדותן מחמת חזקת לאו דל"ת, אבל התם כיון דנתברר מיד בעת עדותם דל"ה יוה"ז, ואין להם ת"ע, שוב אינם עוברים על לאו דל"ת, משא"כ באינם יודעים מקרבותם:

אך זה ק"ק מ"ש בפנים [באות ה] דהיכא דיודעים העדים מקרבותם, והב"ד א"י, שג"כ עוברים על ל"ת, ומביא ראיה לזה מרמב"ם, היעלה עה"ד דאם העידו קרובים וב"ד לא ידעו מקרבותם דעדותן קיימת [ובפרט דבהדיא מבואר בבעל העיטור דעדותן בטלה, הביאו הש"ך סי' ל"ג סק"ט], ובג' עדים וא' מהם קא"פ והם יודעים מזה רק שהב"ד לא ידעו, דבוודאי גם כן עדותן בטילה [גם לשיטת הרי"ף], ואמאי הלא מ"מ איכא חזקה דהם לא יעברו על ל"ת, ויהא כשר בד"מ, ואיפשר דלא משמע להו איסורא דל"ת בכה"ג, שהם יודעים בעצמם שפסולים הם מחמת קרבותם והדבר עומד להתגלות, לכן לא נוכל לסמוך עוד על החזקה דל"ת, וכמ"ש באות ד':

באות ז כתב ליישב דברי תשובות הרי"ף בעלה נפלאה, חפשתי בס' תשו' רב אלפס ומצאתי שם (בסי' קס"ז) כעין שאלה זאת, ודמיתי לכאורה שהיא התשובה שמביאה הרא"ש, והיה קשה בעיני דמשמע שם שכבר הוציא הבע"ד את השטר לפני הב"ד, אולם ראיתי

ראיתי שאינו כתוב שמה מה שמביא הרא"ש בשמו, וזוכר העדות, רק שידע שהיה מעיד עם הפסול [אבל גוף העדות אפשר שאינו זוכר] לכן לא נפ"מ אם הוליא השטר בב"ד או לא, דרק בזוכר העדות איכא נפקותא, דאפי' אם ידע בקרבותו מ"מ כשר להעיד ע"פ:

[ולישנא דתשובת הרי"ף שם קשה טובא דמשיים דלפי שאין שם אלא ע"א ישבע שבועת היסת, ובלבד שיבוא התובע בטענת ברי, חדא דלמה לא יתחייב שד"א, ואפי' בטענת שמא, דהא הרי"ף פוסק בפ' כל הנשבעין בסוגיא דנגזל (בשער השמיני) דשטנו בש' ע"פ העד מחויב הנתבע שד"א (והגם דעובדא דהתם הוה ביורש שהוליא שטר ולהוליא לא טענינן ליורש כמבואר בטור סי' ע"ה, מ"מ לא גרע מאילו המורים גופיה טוען שמא ולא הו"ל למידע כגון בגנבת וכיולא, דמחוייב שד"א, וביורש ג"כ מחוייב שד"א), ועוד קשה דאם טוען ברי ולחייבו ש"ה למה לי ע"א הלא בטענת התובע לבד ג"כ חייב ש"ה, ונראה משום דשם היה העובדא שהיה כתוב בשטר שהלוה עשה את חצירו אפותיקי להמלוה, לכן ל"מ לשיטת תוס' ב"מ סוגיא דהילך ד"ה אין, דאם יש לו קרקע בני חורין מיקרי שע"ק גם השתא דתקנו חז"ל דמלוה אינו גובה מלקוחות, וכיון דיש לו החצר מקרי שע"ק, וגם ע"א אינו מחייב שד"א בשע"ק כדאיתא בכתובות (פ"ז:) גבי ע"א מעידה שהיא פגועה. ואפי' לשיטת הרמב"ן דס"ל כיון דהפקיעו חכמים מלגבות מלקוחות ל"ה שע"ק (והטור בסי' פ"ח סעיף ל"ח מביא ב' דיעות אלו) וה"נ א"י לגבות מלקוחות כיון דל"ה רק ע"א, מ"מ י"ל דמיירי באפותיקי מפורש ואז כל תביעתו הוא רק על הקרקע, דהא אי שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים, והמלוה א"י לתבוע מהלוה מעות אפי' אם יש לו (כמ"ש התומים ריש סי' קי"ז בפשיטות, וע' בפנים סוף סי' ס"ה שמביא מחלוקת ראשונים בזה), ולכן בוודאי אינו מחוייב שד"א (וכ"מ בתשו' רע"א זצוק"ל סי' קנ"ג), ונראה דטעם הרמב"ן הוא דבאם יכול לגבות מלקוחות אזי כל סמיכת דעתו של המלוה הוא רק על הקרקע ועליהם הלוה ולהכי הוי שע"ק, אבל בא"י לגבות ממשעבדי אזי סמיכת דעת שלו על הקרקעות קליפא, דכמו שהמטלטלין יכול להבריח ולהטמין אותם כמו כן יכול להבריח את הקרקע ע"י מכירה, וכיון דסמיכת דעתו על שניהם הקרקע והמטלטלין כמטפטף הוא, ע"כ ל"ה שע"ק, משא"כ באפותיקי מפורש נהי דא"י לגבות מלקוחות, מ"מ כל סמיכת דעתו הוא רק על הקרקע שעשאו אפותיקי, כיון דממקום אחר א"י לגבות הוי בוודאי שע"ק. ומצאתי שכוונתי תה"ל בזו הסברא לתורתו של רבינו הרא"ה ז"ל ריש פ"ב דכתובות שכתב דבכתובה אפי' אם הבעל יכול לטעון פרעתי אין נשבעין עליה; משום דקי"ל דכתובה לעולם לא גביא מן המטלטלין אלא מן הקרקעות בין מיניה דידיה בין מיתמי וכו' וכיון דלא גביא לעולם אלא מן הקרקע הוי כטענת קרקע ואין נשבעין על הקרקע, ואיהו ס"ל כשיטת רבו הרמב"ן דכל היכא דא"י לגבות מלקוחות ל"ה שע"ק, כמבואר בדבריו שם, כיון דהבעל יכול לטעון פרעתי ל"ה שע"ק, הגם דעכשיו מודה, וחידש דבכתובה הוי כתביעת קרקע ממש (וראיתי באבני מלואים (סי' ל"ו סק"ח) שהקשה על הי"מ שהביא הרמב"ן מובא בש"מ כתובות שם, משום דבכתובה מהני תפיסה גם מטלטלי לכן חייב הבעל שד"א, ותמה הא"מ מש"ס ב"מ דקאמר הא שתים פטור משום דהו"ל שע"ק והתם בוודאי מהני תפיסת מטלטלין ואפ"ה הוי שע"ק. ובענ"ד לא ידעתי התחלת קושיא, דהתם הוי שע"ק כיון דאיכא שטרא ויכול לגבות מלקוחות ולכן פטור משד"א, אבל בכתובה דל"ה שע"ק כיון דאין שטנינן ללקוחות שפרע, דבשיטת הרי"ף קאי דבמקום שכותבין כתובה ואין לה כתובה נאמן לומר פרעתי, ושיטת הרמב"ן הוא דכל היכא דאינו גובה מלקוחות ל"ה שע"ק, רק דאמרינן מחמת שאין לה שום תביעה וזכות רק על הקרקע לכן הוי תביעת קרקע, והגם דכתב שם רק דאין נשבעין על שע"ק, ל"ד הוא, דמסתמא הרא"ה ורבו הרמב"ן בחדא שיטתא קיימי, וכמ"ש הרא"ה מובא בש"מ שם בפירוש, ואפי' אם נאמר דלהכי לא נקט תביעת קרקע משום דעודנה מחוסר גובינא, אבל זהו בוודאי ס"ל דשע"ק הוי אפי' שא"י לגבות מלקוחות, משום דכל סמיכת דעתה היא על הקרקע, וע"ז כתב שפיר כיון דמהני תפיסתה ממטלטלין, סמכה דעתה גם על המטלטלין כיון דיש לה זכות לתפוס, וגם על הקרקע אינה בטוחה דיכול למכור, תו ל"ה תביעת קרקע, ודמי לחוב היכא שא"י לגבות מלקוחות דל"ה שע"ק:

בדברינו הנ"ל מיושב מה שהקשו על הסמ"ע (סי' נ"ה סק"ו) דשטר שנפרע חציו אינו גובה ממשעבדי, מסוגיא דפוגמת דאמר רבא דהוי שע"ק, הא לשיטת הרמב"ן ל"ה שע"ק היכא דאינו גובה מלקוחות, ולהנ"ל ניחא דכיון דכתובה אינו גובה רק מקרקעי בוודאי הוי שע"ק, ולפ"ז מובן דקדוק לשון הר"ן פ' שבועת הדיינין (דף קנ"ז בדפוס ווין) שכ' בפרכת רבא כיון דכתובה אינה נגבית אלא מן הקרקע, ולכאורה שפת יתר הוא, אך כיון דהר"ן ס"ל כשיטת הרמב"ן כמ"ש שם בריש הפרק (ועמ"ש בפנים בסי' פ"ב), ויהא ראיה מהר"ן דסובר האי דינו של הסמ"ע הנ"ל, לכן כתב משום דכתובה גובית רק מקרקע), ולכן לא מחייב הע"א שד"א, אבל ש"ה מחייב דש"ה נשבעין גם על הקרקע כמ"ש הרי"ף פ' שבועת הדיינין (בדף קנ"ז הנ"ל) ותוס' ב"מ (ו') בשם ר"ה גאון, ועתה ל"ק על תשובת הרי"ף הנ"ל רק קושיא שניה ושלישית דלמה לן טענת ברי (הלא גם היכא דלא מחייב הע"א רק ש"ה, מחייב ג"כ אפי' בטענת שמא כמ"ש בתשובת רשב"א בשיטת הרי"ף מובא במל"מ פ"ה מה' שאלה ופקדון ה"ו, והכריח מזה דלא ככ"מ), ואם טוען ברי למה צריך ע"א, ונראה דעל הלוה ל"ב טענת ברי של התובע ושני בהעדאת ע"א, אבל כוונת הרי"ף דטעינן ברי שלו שלא נפרע, דאל"ה נאמן בלא שבועה שלא לוה במיגו שפרע, ומבואר בתומים בכללי מיגו (סי' ע"ה) דלגבי שבועת היסת אמרינן אפילו מיגו דהעזה, ובשער המשפט (ס"ס קמ"ו) הוכיח מהמ"מ דמיגו לאפטו"ש היסת מהני לכ"ע, ובפרט הכא דבטענתו של התובע דהשתא מכחיש את העד, ובטענת המיגו לא יכחיש אותו, וגם הבע"ד לא ידע. והא דכתבו הר"ן ושארי ראשונים בסוגיא דקינים דאינו נאמן נגד ע"א במיגו, זהו בחיוב שד"א, והגם דשיטת הרמב"ם בע"א בשטר דאמרינן מתוך, זהו היכא דבטענת לא לויתי מחוייב שד"א, אבל בשד"ר כגון באפותיקי וכדומה ל"א מתוך]:

באות ט כתב הגע בעצמך דגם לדינא דאורייתא מהני מיחה וכו', מלישנא דרמ"א שם דכתב כי כן נוהגים משמע דלאו מדינא הוא, אולם המעיין במקור דברי הרמ"א והוא בתשו' מיימוני לס' שופטים [סי' י'] דכ' מה דמהני קבלה על טובי העיר אפי' אם טעו, הוא ממנהג, משמע דאם לא טעו מהני מדינא, וכן מתפרשים דברי רמ"א:

באות י כתב דלר' יוסי בעדי הזמה ונמלא אחד מהם קא"פ דלא קטלינן לרוצח ולא לעדים, הגם דיש לחלק מפירכת הש"ס אלא מעתה בד"כ תליל, דכאן היאך נאמר ב' הפכיים בנושא אחד, אבל כעין זה מלינו בסנהדרין [ט'.] דלר"י בהעידו על ד"נ וד"מ שדנין כל א' כדינו, [ועמ"ש בליקוטי הגהות והערות לייטב את הד"מ בסי' ל"ג], ויותר י"ל בעדי הכחשה ויש בהן קא"פ, דבוודאי לר"י לא קטלינן לרוצח, הרי דגם בד"כ אין המשפט חרוץ:

בסימן נו מביא סברת התומים, כן מלינו סברא זאת ברשב"א שבועות [מ"א] דמש"ה בא"ת אלא בעדים א"כ במיגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו להם למדה"י, משום דאם נאמינהו במיגו זאת למה התנה הלא לעולם א"ל מיגו זאת:

באות ב מ"ש ראיה מש"ע דמיגו כחזקה דמי, הכוונה כיון דהיכא דל"ה הפה שאסר ל"מ במקום חזקה דת"ז ומוליאין ממון, ואי כעדים דמי נהי דהוי כנגד חזקה, הוי מיהת המיגו כחזקה ולא נוליא מן המוחזק, וכ"כ בפירוש בתחילת דבריו דלשיטת מהרי"ט דמיגו כעדים מהני מיגו נגד החזקה דאלימא דמוליאין ממון ע"י, ול"ע לפמ"ש בפנים לקמן [בסי' נ"ט] דלהפוסקים וכן הוא דעת הרמ"א [ר"ס רנ"ו] דאמרינן מיגו לאפמ"ש, ע"כ מיגו כעדים דמי, אם כן אמאי אינו חולק הרמ"א [בסי' ק"ח] על דינו של המחבר גבי ת"ז, וצ"ל להרמ"א כתירוץ הש"ך שם:

באות ד כתב לייטב ד' מהר"ם לובלין, והשיג ע"ז כיון דבת"כ ל"מ תפיסה לשיטת תוס', נהי דלשיטתם בכתובות [כ'] בד"ה ואוקי, מהני תפיסה בברי, והגם דהכא בלא הברי שלו אין שום ספק כמבואר בר"ם ע"ח, וכ"מ בנתיבות [בדיני תפיסה כלל י'], אבל מ"מ על הר"ן יקשה דגם הוא מפלפל בגיטין אי טענינן מזוייף, מאי נפ"מ הא טענינן פרוע במיגו, והר"ן פוסק דל"מ תפיסה גם בברי, כמ"ש התומים [בקיצור ת"כ סי' נ"ג נ"ד] בשיטת הר"ן:

בסימן נז מ"ש דש"ח שמתנה שיהא חייב לשלם בעד החפץ עשרת מונים, אם נאבד בפשיעה חייב, מיירי דא"ל מעכשיו, דאל"ה הוי אסמכתא, ועמ"ש בסמוך בשם הרמב"ן ור"ן:

באות ד מ"ש לתרץ דברי רש"י דרבה לשיטתו דס"ל דעל בעידנא דעיילי אינשי פטור, מש"ה ל"ל דשמואל דהוי אסמכתא, ועפ"י חילוקי תוס' סנהדרין בפרטי אסמכתא [כ"כ תוס' שם בפירוש בשיטת רש"י], ולכאורה קשה דכנגד המשכון ל"ה גזים ואז דמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דל"ה אסמכתא, אכן זה גופיה הוי גזים דמחייב את עלמו להיות ש"ש במה שאינו מחוייב [וכ"מ בתומים (סי' ע"ב) דזה הוי גזים, ובמתנה ש"ח להיות כשואל הטעם משום בהסיא הנאה דהימניה, אבל במלוה ל"ש זה דהוא חפץ יותר במעות שיהיו לו ברשותו], גם א"ל הלא איכא אומדנא שרולה להפסיד כנגד המשכון, או לשיטת רש"י דגם בדלא פירש מחייב עלמו להפסיד כל החוב, וא"כ איך נאמר דהוי אסמכתא הא איכא אומדנא דמחייב עלמו, דזהו רק היכא דאילו פירש היה מחוייב גם בלא האומדנא [דהיינו לדידן

לדידן משום דל"ה בידו], מועיל האומדנא דמסתמא כל מלוה נתרצה כן להפסיד חובו והוי כאילו פירש, אבל לרבה דגם בפירש הוי אסמכתא, לא יעדיף כחו ואילו של האומדנא יותר מפירש:

ובעיקר הדבר הכתוב בפנים בפירוש דברי תוס', דמש"ה ל"ה אסמכתא בדינא דשואל כיון דל"ה בידו ודומה למשחק בקוביא [וכן משמע כוונתם במסכת שבועות, דלפירושא דהתומים (סי' ע"ב סק"ח) בתוס' ב"מ, משום דהוי כמחול לך דל"ה אסמכתא, או שנאמר דלכן ל"ה אסמכתא דלמה לו להסמיך את חבירו הלא הוא לא נהנה כלום מזה, תקשי מה שייכות יש לזה את אשר הקשו עוד בשבועות ואפי' למ"ד דמשחק בקוביא ג"כ הוי אסמכתא, הא גבי משחק בקוביא ל"ש טעמים אלו, אלא דבמסכת שבועות כוונתם כמ"ש בפנים], תמוה לי מאד מאד דנראה דמבואר להיפוך בדברי רבותינו הראשונים ז"ע, ה"ה הר"ן בחידושיו לסנהדרין [כ"ה] והרמב"ן בחידושיו לב"ב [קס"ח] שכתבו בהדיא דש"ח וש"ש הוי בידו לגבי אסמכתא, ולכן אם חייבו עצמם שישלמו יותר משיווי החפץ הוי אסמכתא כיון דגזים והוי בידו, והא דמתנה ש"ח להיות כשואל ול"ה אסמכתא, הוא משום דמאונס אין בידו לשמור [ומכאן ק"ק על טעם התומים הנ"ל, ובש"ס ב"מ (צ"ד) לא קאמר הטעם דסימניה רק על מה שנתחייב בדברים בלא קנין, וי"ל.] משא"כ בש"ח וש"ש, אולם נראה לפענ"ד ליישב דברי אאמו"ר המחבר זללה"ה, שלא יהיו דבריו סתורים ח"ו מדברי רבותינו הראשונים, דהנה לכאורה באמת קשה להבין דבריהם הקדושים דלמה הוי בש"ש בידו, הא חייב גם בעידנא דעיילי וגנו אינשי, רק הטעם דלזה יש תקנה אשר בעת שהוא א"י לשמור ימסרנה לאשתו ובניו ובני ביתו או למי שרגיל המפקיד להפקיד, [וע"פ רוב מצוי לשומר אחד מאלה], וזה ל"ה שומר שמסר לשומר כדאי' בסוגיא שם [ב"מ ל"ו], ולדעת הרמב"ם דבגרוע גרעי לשמירתו חייב [מובא בש"ע סי' רצ"א סעיף כ"ו ועי' בקצוה"ח שם סק"ו וסקי"ב] מ"מ יש תקנה לפניו שישלם להם שכר שמירה, ובעת שהם לא יכלו לשמור אז ישמור הוא. וזהו בש"ש דעלמא, אבל במלוה על המשכון, דגם במסרו למי שרגיל להפקיד והוא נשבע שנאנס אצלו, מ"מ אין המלוה גובה חובו, כמ"ש הב"ח מובא בש"ך [סי' ע"ב ס"ק קל"ג] והש"ך שם מספ"ל בזה ומספיקא אין מוציאין ממון, וכיון דכן ל"ה בידו, דמה יעשה בעידנא דעיילי וגנו אינשי, ולאחר א"י למסור, דהא יפסיד חובו גם באונס, וחיוב כזה לא קיבל עליו, ועוד דלגבי אונס בוודאי ל"ה בידו כדכתבו הרמב"ן והר"ן שם, ולכן ל"ה אסמכתא, ואפי' לפי דברי האורים [שם ס"ק ק"פ] דהכריע דלא כהב"ח, איפשר דזהו רק לדעת המחבר שפוסק כר"י דהוי ש"ש על המשכון, וכיון דמסרו לרגיל להפקיד, כיון דהמלוה פטור משמירת המשכון ממילא מחוייב הלוה לשלם החוב, או אפי' להפוסקים כשואל וכפי שכתוב בפנים [באות ה'] בשיטת הרא"ש בדינא דשואל, [ולדידיה נ"ל דמש"ה ל"ה אסמכתא דל"ל להסמיך את חבירו כהנ"ל, וכ"כ הרא"ש במס' שבועות, והוא לא הקשה ממשחק בקוביא], אבל לפמ"ש בפנים בשיטת תוס' בטעמא דשואל, דאין החיוב מטעם שומר רק דהוא בגדר תנאי על מעות הלואה, וכ"כ האחרונים, נראה דא"י להוציא החוב כיון שטוען א"י שפיר דמי לטוען א"י אם פרעתי, כיון דהוי ה' בעיקר החוב, וכסברת הב"ח דברי של אחר ל"מ לזה, הגם שהוא רגיל להפקיד, [וכ"כ בתשו' אכ"ל סי' קכ"ו ובקצוה"ח סי' רצ"א סק"ח], ולכן ברור פירושו בתוס' לשיטתם אליבא דשואל. [ועיין במל"מ (פ"ה מה' שאלה ופקדון ה"ו) שכ' דש"ש הו"ל למידע שיווי הפקדון כיון דלא מצי לאיסתלוקי מחיובי' עי"ש, ולע"ק הלא ברמב"ן ור"ן הנ"ל מבואר דש"ש הוי בידו לגמרי, דאי הוי בידו ולאו בידו לעולם הוי אסמכתא, כדאיתא בש"ס ב"מ (ע"ג:) עי"ש, ויש לחלק, גם י"ל דמיירי בשומר שאין לו למי להפקיד ואז ל"ה בידו כקו' הנ"ל]:

באות ה כתב ליישב דברי הרא"ש בתרי אנפין, ובתירוץ הב' מביא פלוגתא דרש"י ורמ"ה בשמור לי ואשאילני אם הוי שמירה בבעלים, כוונתו מבואר דמדאיפלגי רש"י ורמ"ה בהשאילני ואשאילך אם הוי שאילה בבעלים, דרש"י סובר דל"ה שאילה בבעלים, כמבואר בד"ק בב"מ [פ"א.] תד"ה שמירה, ומובא בש"ע [סי' ש"ה ס"ו ברמ"א], והרמ"ה סובר דהוי שאילה בבעלים [מובא במחבר שם], ואסבר לן בפנים בטעמא של רש"י דלא מיקרי בבעלים רק היכא שהוא שומר בעבור טובת הבעלים, משא"כ בשואל דלטובת עצמו הוא שומר, וכ"כ הנ"מ שם, וממילא מובן דכמו כן בשמור לי ואשאילני דמבואר בש"ס [שם:] בעובדא דארוך וגוץ דהוי שאילה בבעלים, אבל לגבי השומר ל"ה שמירה בבעלים לשיטת רש"י, דהא הבעלים שומרים רק לטובת עצמו:

[בעיקר דברי הרא"ש התמוהים ישבתי זה כביר לענ"ד, דהנה הא דחייב מטעמא דשואל, הוא משום דכנגד המשכון חשיב כאילו פירש, כמבואר בתוס' בסוגיין בד"ה מתני' ע"ש, וזהו לטובת הלוה, אבל כאן אין זה טובתו כלל, דהא אם יתחייב באחריות ויתחייב לבער, יפטר מלשלם לו, דהוי אונס בביעור [כמ"ש תוס' שבת (ד') ד"ה קודם, דאם לא התירו לרדותו פטור מסקילה כיון שמניח מלרדות ע"י מה שאנו אוסרים לו, ובש"ס ב"מ (מ"ב) דמודה שואל דבע"ש ביה"ש לא אטרחוהו רבנן], ובוודאי יעשה הישראל כדין תורה, ובפרט דלא יפסיד עי"ז, משום דהוי אונס, ע"כ אמדינן דעתו של נכרי דלא רוצה באחריות זה על ימי הפסח, דהא ע"י אחריות הוי בוודאי פסידא לו, ובלא אחריות הוי רק ספק, דאולי לא יגנב החמץ. אך זה ניחא רק לשיטת הח"י (סי' ת"מ סק"ה) דבק"ע אחריות ומפקידו ביד נכרי אחר אשר ק"ע אחריות אזי הישראל עובר, אבל לשיטת המג"א (שם סק"א), אינו אונס דהא יוכל למסור לנכרי אחר לשומרו, ובשכר בוודאי יקבלו ממנו, וש"ש מחוייב להציל ברועים ומקלות בשכר עד כדי דמיו (ב"מ נ"ג:), ובאמת י"ל דהרא"ש ס"ל כדעת הח"י, וא"ל דהא יכול ללוות על החמץ מא"י, ואז שוב לא יעבור כמ"ש הרא"ש ריש פסחים, דחולק על הגאונים ומוקי הא דמכילתא בנכרי שהלוה לישראל על חמצו, חדא דזה אינו בידו ללוות, ואולי גם אחר רב טרחתו לא יגיע לו, ועוד דמ"מ מדרבנן עובר (כדמוכח מסוגיא דנכרי שהלוה, וכמ"ש הר"ן לשיטת הגאונים) וחייב לבער, ומחמת דרבנן בוודאי מיקרי אונס, (וע' במל"מ בהגהותיו פ"א מה' חו"מ ה"ו), וגם אין להשיב דהא יוכל למכור חמצו של הנכרי, כאשר חידש המק"ח (ר"ס ת"מ), דז"א דהא טעמו הוא משום דהנכרי מייאש מזה, כיון שהכל מצווין עליו לבערו ול"ה יאוש של"מ כיון דנאבד ממנו ומכל אדם, לכן זוכה הישראל ביאוש, וכיון דכן יהיה דמי החמץ שלו דזה הוי יאוש דאבידה ובהיתרא אתי לידיה, ונראה דהוא יהא חייב לשלם לו החוב, כיון דההפסד אינו בא ע"י ישראל כלל רק ע"י אונס, ועי"ז איאושי הוא דמייאש מיניה ושוב החמץ הפקר ואינו של העכו"ם, וזכה הישראל מהפקירא, וא"כ בוודאי יותר ניחא ליה שלא יהא הישראל חייב באחריות בימי הפסח]:

באות ו כתב וז"ל גם ללישנא דאמרינן בב"מ דלא דחינן איסורא מקמי ממונא וכו'. ועיין בחידושי הר"ן שם דהא דלא דחינן היסורא וכו' הוא משום דאי אמר לא בעינא ליתא לעשה כלל עי"ש. בעיקר הדבר שמתרץ בפנים את קושי' תוס' שבועות, וכתב דמש"ה המודר הנאה מחבירו מותר לתקוע לו תקיעה של מצוה, הגם דמיתהני פרוטה דרב יוסף, משום דהעשה דתקיעת שופר דוחה את ל"ת ועשה דקונם דאיתא בשאלה, זה איזה שנים שאלתי ע"ז לאאמו"ר זללה"ה דא"כ איך נפרנס משנתנו במס' נדרים [ס"ז] קונם סוכה שאני עושה לולב שאני נוטל וכו' בנדרים אסור, ואמאי יבוא עשה וידחה הל"ת דקונם, כאשר הוא באמת קו' החינוך [מצוה נ'], ומתרץ משום דהוי ל"ת דלא יחל דברו ועשה דכל היוצא מפיו יעשה. וכבר תמה עליו בפרשת דרכים מש"ס יבמות גבי נזיר ומצורע דעשה דוחה גם ל"ת ועשה היכא דאיתנהו בשאלה, והשיב לי דכוונתו בזה עפ"י מ"ש בזי"ר חלק ראשון [דף קמ"ו באות ח'] דכוונת החינוך הוא דמעיקרא ק"ל דנילף מכאן בעלמא דאין עשה דוחה ל"ת [וכמו דמצינו דמקשה הש"ס בכה"ג בזבחים (צ"ז:) אחד עלם שיש בו מות אמאי ניתי עשה ולידחי את ל"ת, כפי' תוס' שם ד"ה ואחד], ומתרץ דרק גבי איסור חפצא הוא דגלי קרא [כדאיתא בש"ס נדרים שם דילפינן זה מקרא] שחל אפי' נגד עשה. והנה זה רק כשאסר חפצו על חבירו או על עצמו, אבל לא באוסר שלא יהנה את חבירו, ואף את"ל שגופו הוא החפץ, מ"מ לפי מה שהסבירו תוס' שבועות [כ"ה] בד"ה מה, דטעמא דמילתא משום שאין על החפץ שום חיוב לעשות המצוה, ממילא גבי המודר הנאה מחבירו, לענין אם מותר לתקוע לו תקיעה של מצוה, ל"ש לומר זה דהרי הוא מחוייב להוציא את אחרים מטעם ערבות, ואיפשר להעמיס זאת בכוונת רבותינו בעלי התוס', דעל כן לא הקשו על המודר הנאה מחבירו בלחוד, משום דיש לתרץ כנ"ל, על כן הוסיפו להקשות ממודר הנאה ממעיין, דע"ז ל"ש לומר משום דעשה דוחה ל"ת, דהא הוי איסור חפצא, וטחפץ אינו מצווה, ובכה"ג גלי קרא דחל הנדר לבטל המצוה כמו בקונם סוכה ולולב שאני נוטל, וכן הוי מצי לאקשויי ממודר הנאה משופר, דגם שם איכא חפצא שאינו מצווה כמו גבי סוכה, עכ"ד אאמו"ר ז"ל:

בעת תמוה בעיני עיקר הדברים הכתובים בפנים, הלא טעמו של רבא משום דמצות לאו ליהנות ניתנו וכפירש"י ור"ן שם, ולפום המבואר בפנים אין זה טעמו ואפי' אי מצות ליהנות ניתנו מותר משום דחייב, ובפרט דזה הוא כללא בכמה דוכתי דעשה דוחה ל"ת ועשה דאיתא

דאיתא בשאלה, ומאי אתי רבה לאשמועינן בפרטים אלו דוקא, ועוד לישנא דרבא דנקיט מותר הרי דהותרה לו בלא שום דחייה, אכן נראה להטעים הדברים עפ"י המבואר בר"ן נדרים [ל"א] גבי שאיני נהנה לישראל לוקח ביתר ומוכר בפחות, וז"ל וכי אמרי' דבפחות וביתר שרי דווקא כשאסר על עצמו שלא יהנה מישראל דבכה"ג לא מיתהני מינייהו, אבל אי אסר על עצמו נכסיהן אפי' לקח שוה מנה במאתים אסור ליהנות ממקחו שנדרו כבר חל על נכסיהן עכ"ל, ונראה דחילוקו של הר"ן הוא דהיכא דנהנה הנאה עצמית מהאיסור, הגם שיוכל להשיג הנאתו מחפץ אחר כזה, מ"מ הנאה מיקרי ואסור במודר הנאה, להכי היכא שאוסר עליו נכסיו אפי' מוכר לו שוה ק' בר' אסור, דמ"מ נהנה גופו מנכסיו, אבל היכא דהאיסור הוא רק הגורם להנאה, כגון שאסר עליו שלא יהנה ממנו ומוכר לו מנכסיו, ועי"ז יהיה לו הנאה מנכסיו, אזי מוכר לו ביתר דתו ל"ה הוא גורם כלל להנאתו כיון שהנאה כזו מצויה לו בריוח בכל מקום, והנאה מנכסיו לא קאסר עליה, וא"כ דינו של רבא מילתא דפסיקא הוא, דאפי' בלא דחייה ג"כ רשאי ע"י היתר גמור [כלישנא דרבא דמותר], דממנ"פ בדאיכא אחר לתקוע לו אזי מותר משום דלא מיקרי הנאה דגם האחר יתקע בעדו למען זכות אותו במצוה, וכן החיוב מטעם ערבות [כדמוכח בפנים], וזהו אי מצות לאו ליהנות ניתנו, ורק הוא הגורם לו הנאה להרויח לו פרוטה דר"י, אזי אם גם בלעדו ירויח זאת תו אינו גורם להנאתו כלל, אבל אי מצות לה"נ, הרי נהנה גופו הנאה עצמית, כמו השומע קול שיר, ובזה לא נגרע הנאתו במה שגם איש אחר יהנה אותו בכך, וכמ"ש הר"ן באוסר נכסיו ע"א דאפי' מאה בר' אסור, [וכן מוכח מדברי טורי אבן ר"ה (כ"ח) ד"ה בשופר, דמדמה לר"י דס"ל דמצות לה"נ דהמדיר יהא אסור ללמוד עמו אפי' אם גם אחר ילמוד עמו, כמו היכא שיש לפניו בשמים של איסור ושל היתר דאסור להריח בשל איסור, הרי דאי מצות לה"נ מיקרי הנאה עצמית כמו שנהנה מחפץ של איסור, וע"ע בפנים סי' ג'], ובכה"ג ל"ש דחייה דהא איפשר לקיים שניהם, ברם בדליכא אחר לתקוע לו, אזי יהיה יותר חומרא, דהשתא גורם להנאתו משום פרוטה דר"י, אבל התירו משום דחייה, וכמ"ש בפנים:

ועוד יש לומר דנפ"מ בטעמא דמצות לאו לה"נ לתקיעות דרבנן, דבכל התקיעות האחת בוודאי מד"ס [ש"ס ר"ה ל"ד], [וכן כתב הר"ן בסוגיא דמצות לאו לה"נ, דגם תקיעות דרבנן מותר לתקוע לו במודר הנאה], ולגבי מצוה דרבנן ל"א דידחה הל"ת של תורה [תוס' מ"ק י"ד: ד"ה עשה דיחיד], ולכן אי אמרינן מצות לה"נ היה אסור מן התורה, דמ"מ כיון דנהנה גופו מהמצוה הוי איסור תורה, והמצוה הזאת אינה דוחה את הל"ת, כיון דהוי רק מצוה דרבנן, לכן חידש רבא דמצות לאו לה"נ, ועל התקיעות אלו ל"ק דנהנה פרוטה דר"י, דמסתברא היכא דעוסק במצוה דרבנן דאינו פטור עי"ז ממצות לדקה דהיא דאורייתא, כיון דרבנן לא תקנו בזה לפוטרו ממ"ע דאוריי' רק במקרה בא לו, ומצאתי בב"י או"ח [סי' ל"ח סד"ה וכותבי] שכ' כעין סברא זאת בשיטת הירושלמי ובדעת הרמב"ם, אבל בש"ע [ס"ח] ובמג"א שם, משמע דגם העוסק במצוה דרבנן פטור ממצוה דאורייתא דפסיק ונקיט כל העוסק במלאכת שמים, ואולי זהו דוקא בעוסק לזכות רבים:

באות ח במה שחידש בפנים משום חז"כ, עיקר דבר זה מבואר כן בר"ן פ"ק דכתובות [י"ב:] דטעמא דנאמנת להוציא בטענת מוכת עץ, הגם דבברי ושמא אין מוציאין ממון, וכאן ליכא חזקת הגוף, הוא משום דמסייע לה חז"כ דחזקת בנות ישראל אינן מזנות, וכ"כ הרמב"ן במלחמות ה' שם [ר"פ ב'], רק התם אין חזקה כנגד חז"כ, אבל הכא חזקה דמעיקרא וכאן נמלא מנגדו [דטעמא דכ"כ הוא דאין מחזיקין מרשות לרשות כמ"ש רשב"א חולין (י"א) בד"ה ובשם, והה"ד כאן להיפוך דנימא מדמעיקרא היתה ברשותו גם עכשיו נמלא אצלו], אבל גם לזה יש להביא ראיה מתוס' גיטין [י"ז] בד"ה משום, בתירוצם השני דחז"כ מגרע לחזקת א"א דמעיקרא [והגם דבפנ"י כתב שם דשני התירוצים יחדיו יתאמו, הוא משום דחז"כ לחוד ל"מ משום דקיבלה התראה יעו"ש, משא"כ הכא, י"ל דחז"כ לבד מגרע את החזקה דמעיקרא], וכהי דהתם הוי רק ספק וס' נפשות להקל, מ"מ כיון דמרע לחזקה דמעיקרא, ממילא אין כאן מקום לספק, דכל החשש של הספק הוא רק משום חזקה דמעיקרא, כיון דהלוה אינו יודע כלל:

באות ט מ"ש מטעם מיגו דהעזה, הגם דגם השתא מעיז בטענתו שנאנס, והלוה מכחישו בברי, רק עפ"י דברי הר"ן מס' שבועות (בסוגיא דרשב"י ובסוגיא דקנינה) בטעמא דחיוב שבועת שומרים בטענת נאנסה בלא שום הודאה, ובטעמא דלא מהימן במיגו, משום דבטענת נאנסה שכיח שטועה בעצמו שסבור שאנוס ואינו אנוס עי"ש, ולכן כי נשבע שנאנסה ל"ה העזה כ"כ לגבי הלוה, דאמרינן להיפוך דילמא הלוה טעה וסבור שאינו אנוס והוא היה אנוס, אבל בטענת להד"ם אין שום מקום לטעות:

בסימן נח

על מ"ש בתוה"ד דתוס' שם אזדי לתירוץ הראשון בתוס' ב"ב בנסכא דר"א, א"ל דגם לתירוץ הזה קשה דילמא אילטריך קרא שע"א מחייב שבועה, ללמוד ממנו הדין בגוונא דנסכא דר' אבא, דאי לאו קרא דע"א מועיל מיהת לחייב שבועה הוה נאמן בדידי חטפי בש"ד במיגו דל"ח, [דחייב ש"ד מטעם כ"ה לש"ד דהשתא], ואליבא אינו להכחיש ע"א כיון דע"א הוי כמאן דליתא, הדא דהא דאמרי' מתוך גבי ע"א הגם דאינו קם לממון, הוא משום דע"א כי אתי לשבועה הוא דאתי, ואם הוקרה שא"י לישבע מחוייב לשלם, וזהו למסקנא דחיוב שבועה בע"א הוא בכ"ה [וגם לתירוץ התוס' לס"ד, דמש"ל בפענו בס' ע"פ העד], אבל אם לא נימא כתירוצם, א"כ לא משכחת כלל שע"א יחייב שבועה בעדותו, ממילא לא נוכל לומר גבי ע"א מתוך, דהא הוי קם לממון, ועוד דסברא דלא אליף להכחיש את העד ובשבועה, היא סברא חיצונה [כדחזינן מדהקשו בתוס' שם דגם לרב ושמואל נאמר כן], א"כ רחוק הדבר דקרא דכתיב לחייב שבועה אתי על הסברא הזאת, מה דלא שייך לחיוב שבועה כלל, ועמ"ש לקמן [בסי' שאח"ז]:

באות ב מביא בשם מהרא"י בתה"ד לפרש לשון הש"ס גבי בכולה בעי דליכפריה, עי' בתוס' כתובות [ח"י] ד"ה חזקה, שהביאו בשם הר"ת דהיינו כגון חזקה שא"א מעיזה פניה בפני בעלה, ולדברי מהרא"י ז"ל דלאו דווקא נקט ר"ת, שדומה לחזקה דא"א מעיזה:

באות ג תמיה על תוס' ריש ב"מ, וכ' דע"כ רבה סובר כאביי, וא"ל דא"כ מאי מקשי כאן לפי פירושא דרש"י דנימא מיגו דהשיד, רק קושיית רבה אזדא דבכל ענין חייבה התורה שבועת מודה במקצת אפי' היכא דמחל לו כל הס' מלוה ישנה שיש לו עליו, ע"כ צריך הטעם דאישתמוטי, וכ"כ מהר"ם שיף שם:

באות ד בתירוץ הראשון על קושיית הגאון מהרז"ל, אין להקשות נהי דהטעם של ס' מלוה ישנה וס' תביעות של גוף החפץ אינו, מ"מ שייכים טעמים האחרים הנזכרים לעיל, דז"א דהגם דל"ת קילא משום דאיתא בחזרה ותשובה קלה, מ"מ כיון דעד עתה לא מחל לו הס' מלוה ישנה רק בעת שיעיד העד, מזה נתברר שאין בדעתו להחזיר ולשוב עוד, כיון דהשליך מנגד כל ספקות שיש לו בחפץ, ואם היה בדעתו להחזיר הלא טוב לפניו שלא ימחול ויעבור עבשיו רק ה' איסור לא תגזול, וכיון דכן שוה אלו הלאו דלא תגזול ללאו דשבועה:

שם [באות הנ"ל] בתירוץ הב' על קושי' הנ"ל, והא דאמרי רבנן במשביע ע"א דפטור מק"ש משום דהוי גורם לממון דילמא ישבע להכחישו, הגם דהוי בקום ועשה, נראה דהכלל בזה דבכל מקום דהמעשה אשר יעשה הוי סתירה להמעשה אשר עשה, כגון ברדיית הפת [בתוס' ריש שבת], שנתן לתוך התנור לאפות בוודאי לא ירדנה קודם אפייה, וכן בקיימו ולא קיימו [תוס' מכות ט"ו], דהוא עבר הלאו ולקח האם עם הבנים, בוודאי לא יחזור ממעשיו לשלחנה, או בנזיר ששתה יין [גיטין ל"ג בתוס' שם], דל"ה התראת ס' שיאל, כיון דקיבל עליו הנזירות והחזיק בנזירתו וליער עצמו, ועתה בשאלתו יהיה כל יגיעו לריק, וגם קיבל עליו התראה, לכן לא מספקינן ע"ז, [וע' בתומים (סי' פ"ג סק"ו) שכ' כעין זה, אך התוס' בקושייתם סברי דמ"מ הוי מיהת התראת ס', ועי"ז תירצו בשביל דהוי מעשה, ועי"ז יהיה כל נזירתו לריק, גם הת"ס לא הוי], וכן לחוש דימחול לו כל ס' מלוה ישנה, דזה הוי סתירה ומעשה חדש שיפסיד בעצמו את התביעה שיש לו על חבירו, לא חיישינן, הגם דעי"ז ירויח לו השבועה, מ"מ לגבי זה הוי מעשה חדש, מידי דהוי כרדיית הפת וקיימו ול"ק, דיפטר ממיתה ומלקות, אבל בשבועה דהוא קיום לדבריו ודעתו הרלה להחזיק בממונו, ועביד איניש להחזיק דבריו הראשונים ע"כ הוי ספק גם דהוי מעשה, לכן במשביע ע"א פטור מק"ש, ובשכנגדו חשוד על השבועה כיון דהוי שוא"ת מספקינן להיפוך אף דהוי סתירה לדבריו, והגם דלדברי העד האמת אתו מ"מ מספקינן דילמא לא ישבע ולא יעשה מעשה להחזיק דבריו כיון דיש כמה אנשים שגם על האמת אינם רוצים לישבע והוי שוא"ת לכן מספקינן

מספקינן בזה: עוד שם [באות הנ"ל] בתירוץ הג' כ' דמחילה מהני גם בע"כ דהידך, כ"כ הסמ"ע בה' זכיה מהפקר [סי' י"א]:

באות ה בתירוצו ע"ש, וקושיית העולם בתוס' ב"מ ד"ה מפני שכתבו דאילטריך קרא דע"א בטענו בה' על פיו, והקשו דיוכל לפרוע לו ואח"כ יתבע בחזרה ממנו, והוא יאמר א"י, ולס"ד דכ"ה חייב שבועה דאורייתא בטענתו א"י יהיה מתוך, וע"א אינו פוטר מן מתוך, אין ליישב בסברא הזאת, דהא תוס' שם לא ס"ל דכל זמן שלא נשבע להכחיש את העד חשוב כשנים, כמ"ש בפנים [באות א']:

באות ז ברא"ה משכרו שלא בעדים, יש לבאר דהנה בתומים [סי' פ"ט סק"ח] כ' דבעדי מלאכה לבד חייב לו הפחות שבשכירות, ובדליכא ע"מ פטור לגמרי במיגו [וע' בקצוה"ח שם סק"ד], ולמה יפטר לגמרי נימא דירא שמא יבואו ע"מ, ואפי' לפמ"ש הנתיבות שם [בחידושים סק"ה] דבעדי מלאכה לבד לא תקנו תקנת שכיר ונאמן השבע"ב וגם בתומים שם נסתפק בזה, מ"מ ק' בשכרו בעדים דצריך ע"מ ג"כ כמבואר בש"ע שם [סעיף ג'], הא גם בלא ע"מ אין לו מיגו דלא עשה עמו, דירא שמא יבואו ע"מ, ויותר תמוה דהנתיבות בעצמו כ' שם [בס"ק ה'] דאמרי' מיגו אפי' בהיה עדי שכירות והלכו למדה"י, כיון דעכשיו ליכא ע"ש לפנינו, והתומים דנסתפק בזה, הוא רק כיון דשניהם מודים שהיו עדי שכירות:

באות ט קו' על הש"ך [סי' ע"ה סק"ע], הנה חכם א' ז"ל פיקפק על קו' זו דמדברי הש"ך [שם ס"ק ל"ד] נראה דהגם דאם טוען ברי להד"ס היה נאמן בלא שבועה נגד העד במיגו דפרעתי, מ"מ אם טוען א"י אמרי' מתוך, והשיב לו אאמו"ר זללה"ה דאם נפרש את דברי הש"ך שם כפשוטן כדמשמע קצת מלשונו, הם דברים נפלאים, דהיאך נעלם מעיני קדשו דברי הר"ן שבועות בסוגיא דקלילה דע"א לשבועה כשנים לממון, וגם זו הלכה מרווחת דדינא דמתוך שאיל"מ נובע ממקור השבועה, והיכא דליתא לשבועה בטענת ברי, ליתא לדינא דמתוך בא"י, דלא מיבעיא לדברי הרמב"ן [במלחמות ה' ריש ב"מ] דאי יש כח לע"א המסייע לפטור משבועה גם ממתוך פוטר, פשיטא לן כן, אלא אפי' לדעת הרא"ש שם דאזלינן בתר השתא, זהו היכא שנתגלגלו התשלומין השתא מחיוב שבועה דמעיקרא אבל היכא דנסתלק המקור והמסבב לגמרי תו לא יסוב מזה מאומה, ומאיזה סיבה נחייבהו השתא על לא דבר, משום דל"ל מיגו, רק קו' הש"ך הכי אזלא כיון דעיקר סברת הר"ן הוא משום דע"א לגבי שבועה כשנים לממון, והשתא כיון דנתגלגל לידי ממון תו יתעורר המיגו שלו, וע"ז תירץ בפשטות דבא"י לא שייך מיגו, [וראיתי שהקצוה"ח הבין דברי הש"ך כפשוטן כדמשמע מלשונו, ותמה עליו, ונודע כי מוטב לתרץ הענין, ונניח דקדוק המלות], גם בשלקא דעתא דמרן הש"ך אין לתמוה דאיך שייך מיגו בטענת א"י, שגם לזה מקום נכון לדעת הפוסקים דהיכא דלא הו"ל למידע ל"א מתוך [וכן בא"י א"פ], ולדבריהם עיקר הטעם דמתוך בא"י משום דאמרינן דכיון טוען כך ועושה את עצמו כמסופק [שאין מן הסברא לומר שהוא מלד קנס], וכמ"ש הראב"ד [פ"ה מה' שאלה ופקדון ה"ו], ומש"ה שפיר יש מקום למיגו, דהיינו שנאמינהו שבאמת מסופק, וכיון שכן הוי כמו היכא דלא הו"ל למידע, וכן הקשה להדיא הפתח הבית, והנתיבות המשפט [בסי' ע"ה] גבי א"י א"פ, איברא הש"ך בתירוצו אזיל לשיטתיה [בסי' ע"ב ס"ק כ"א] דמסיק להלכה כשיטת הרמב"ם וסייעתיה דאפי' בלא הו"ל למידע איתא למתוך, רק גבי יורשים שאני משום דטענינן ליורש דאם היה אביו חי היה טוען ברי והיה נשבע כדינו, ובעיקר קו' אחרונים הנ"ל ישבתי ע"כ, [וכתוב בפנים באות ז'], עכ"ד:

באות יא מתרץ דברי רמב"ן גבי ש"ק, וחידש דמיגו להוציא מהני לסלק מיגו של הלוה, הנה ראיתי בס' שער המשפט [סי' נ"ב ס"ק י"א] שכ' במפקיד בשטר והנפקד טוען החזרתי והוא חשוד, דפטור משום דנאמן במיגו דנאנסו, ואז יהיה פטור לגמרי [לשיטת הרמב"ם והמחבר שם סעיף ח'] בשביל שהמפקיד לא יוכל לישבע, ויש לומר דהמפקיד יהא נאמן החזרתי בשבועה במיגו דהיה טוען ברי שראה הפקדון הללו או שלח בו יד, דהיה נאמן המפקיד בשבועה כיון דטוען ברי, ול"ה מיגו להוציא כיון דאין הנפקד אלא משום מיגו אוקי השטר בחזקתו, והביא ראיה דהנפקד נאמן, מדברי הב"י וד"מ הובאו בסמ"ע וש"ך [סי' ע"ה ס"ז] הטוען לחבירו מנה לי בידך והלה משיב יש לי בידך כסות וכלים בפקדון דנאמן בהיסת, וזהו דוקא אם כפר בו התובע, אבל אם טוען נאנסו הרי התובע פטור בש"ד, והנתבע א"י לישבע כנגדו שיש בידו עודנה, והרי בטענת יש לי בידך כנגדן אינו נאמן אלא במיגו דלהד"ס, וא"כ אפי' אם התובע כופר שלא הפקיד אללו כסות וכלים יהא נאמן במיגו דנאנסו, א"ו כיון דאית ליה מיגו לתובע ואית ליה מיגו לנתבע הוי תרי ותרי ולא מפקינן ממונא, ולפענ"ד במחכ"ת דברי שעה"מ תמוהים, דחילוק מרווח יש ביניהם, דהיכא דטענת המיגו של התובע מסלק טענת הנתבע וגם טענת המיגו שלו, אזי מהני מיגו של התובע, ול"ד לתו"ת כלל, כיון דראיה ובירור שלו עדיף מראיית אידך, אבל היכא דאין טענת המיגו שלו מסלק המיגו של הנתבע, רק את טענתו דהשתא, אזי מיגו של הנתבע אלימא, ומש"ה גבי יש לי בידך כנגדו, דמיגו של התובע שיטעון נאנסה הוא רק לסלק טענתו של הנתבע, אבל לא את המיגו שלו, ואדרבא אם יטעון להד"ס על החוב יסתתמו כל טענותיו של המלוה, אם יכפור כסות וכלים או יטעון נאנסה יפטור הנתבע בטענתו להד"ס, משא"כ בהמפקיד אצל חבירו בשטר דאם יטעון שראה הפקדון אללו או שלח בו יד, אין לו עוד פתחון פה להנתבע, דהחזרתי לא יהא נאמן כיון דאיכא שטרא, ובנאנסה יהא התובע נשבע ונוטל, משום דטוען התובע ברי, ולכן צריך להיות המפקיד נאמן, ול"ה מיגו להוציא כיון דהמיגו הוא לסלק מיגו של הנתבע, והתובע נאמן ממילא, מחמת השטר, ונמצא מ"ש בפנים נכונים הדברים, דגם התם המיגו של התובע דא"ב שתיק מהשטר, ואז טענת המיגו של הנתבע ליתא דאין אדם מעיז, [והגם דהרמב"ן אית ליה דגם בעלמא אמרינן מיגו להוציא, ולא צריכינן לכלל זה, מ"מ רצונו לתרץ באופן שלא יקשה גם על הרא"ש דלמה ליה לחלוק על דינו של רמב"ן מטעם שע"ק, וגם הפוסקים הביאו פלוגתת הרמב"ן והרא"ש ולא הזכירו פטור שבועה רק משום שע"ק]:

בסימן נט כתב דחזקה ל"מ לפטור משבועה, והגם דלכאורה יש לדון דמהני מק"ו מע"א דל"מ לממון ומהני לפטור משבועה, מחלק ביניהם בסברא, ונראה כוונתו דלעולם חזקה ישנו יותר בירור מע"א, לכן לגבי ממון מועיל חזקה וע"א ל"מ, אך במעלה אחת ישנו לשבח בע"א מחזקה, דבע"א יש הבירור לפנינו שאומר בעדותו בב"ד בבירור כאחד מבע"ד, אבל בחזקה הוי כעין רובא דליתא קמן, ולכן בחיוב שבועה שהתורה הטילה עליו שיברר בבירור שהוא לפנינו, וע"י חז"כ שלו שנשבע באמת, נתברר לפנינו אשר כדבריו כן הוא, אינו מועיל החזקה לפוטרו, דסוף סוף לא נתברר לפנינו, וא"ל דע"י ברי שלו והחזקה יועיל כמו החז"כ בשבועתו, דז"א דהא כל החיוב שבועה הוא אליבא דידן משום ס' מלוה ישנה, וגם חיישינן שמסופק בטענה עלמה שטוען, [כמ"ש הסמ"ק והנתיבות בסי' נ"ב מובא בפנים סי' נ"ח א"ד], ולכן לא נתברר בירור לפנינו ע"י החזקה, כיון דבכ"מ שמחוייב שבועה חיישינן [הגם שהוא טוען ברי] שהוא מסופק, וממילא דל"ה בירור רק ע"י החזקה לבד, וזה ל"ה בירור לפנינו, כאשר הצריכה התורה בחיוב שבועה לברר, אבל בע"א הוי בירור לפנינו שאמר בפיו שכן הוא, ומחמת לאו דלא תענה דליתא בחזרה הוי כמו חז"כ שע"י שבועה ולכן מהני לפטור [ומצאתי קצת מזה בש"ז רס"י רנ"ו]:

וראיתי בקצוה"ח [ס"ס פ"ד] שכתב ג"כ גבי אי פיקח דמחייב שד"א אפי' נגד חזקה דת"ז, רק מחלק בין שבועת ע"א משום דכל זמן שלא נשבע כנגדו הרי הוא כשנים לכן ל"מ החזקה לפוטרו אבל משבועת מב"מ מהני לפוטרו, והביא ראיה מדברי מהר"ם מרוטינבורג מובא ברא"ש (ריש ב"מ) דשטרא מסייע ליה מהני לפוטרו משבועה, ויש לומר דהתם סיוע השטר מיקרי בירור לפנינו כיון דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן, והוי כאילו העידו לפנינו סלעים דהלשון משמע שנים, מש"ה מהני לפוטרו [ואפ"ה ל"ה בירור כמו ע"י ע"א שהעיד בפירוש, לכן מייתי מהר"ם מר"ב ראיה דע"א דהוי בירור לפנינו יותר משטרא מסייע ליה, דבוודאי מהני הע"א לפוטרו], אבל שאר חזקה דל"ה בירור לפנינו ל"מ לפוטרו, וגוף סברת הקצות לחלק בין שבועת ע"א, כן העלה אאמו"ר ז"ל (בסי' הקדוש אות א) וכאן לא נחית לחלק בזה, ולא יקשה בעיני הרואה אשר שם נרשם מדברים אלו, לא מאתו הוא, רק אנכי ליינתי במאמר המוסגר:

מ"ש בפנים ליישב דברי הר"י מגא"ש מרבה, דהקושיא היא על התחלת השבועה, כן תירץ התומים, ובפנים הטעים הסברא דלמה הצריכה התורה בירור לפנינו, כיון דלעולם איכא מיגו הרי יש לו בירור יותר חזק מבירור דשבועה:

א"ל לפמ"ש בפנים להפוסקים דמיגו כעדים דמי, למה ל"מ מיגו להוציא

לסוליא, ועיין ברא"ם כתובות גבי פוחתת, וצ"ב גבי סלכתא כוותיס דרב יוסף בזוזי, דכיון דסמיגו סוא נגד חזמ"ק, ומיגו שסוא בטענס וסוא כנגד סחזקס בוודאי כחזקס דמי, ול"מ סחזקס לסוליא מחז"מ [זולת בחזקות דמלינו דמוליאין ממון על ידיסס כגון חזקס דא"א פורע ת"ז וחזקס דסערך בידי מאי בעי וסזקת סגוף], וברים ב"מ גבי זס אומר כולס שלי וז"א חליס שלי, דא"כ בחליס שלי במיגו דכולס שלי, ומיגו לסוליא ל"ם סתס כיון דליכא חזמ"ק, צ"ל לשיטת ספוסקים סנ"ל [דמיגו כעדים דמי], את שאר סתירולים שנאמרו ברא"שונים שס, ובמכיר כליו וספריו ביד אחר, צ"ל לדעת סרא"ם כמו שתירץ סר"ת דאיירי באדס שאינו רגיל לסשאילו, וכן מבואר לסדיא ברא"ם פ' כל סנשבעין (ס"ס ס'), וגבי ארעא (שס ב"ב) כיון דסוא מוחזק אמרינן לסיפוך, דמיגו שלו שסוא כחזקס מרע לחזמ"ק ושוב אין מוליאין ממנו :

שם בתירולא על קושיית סר"ן, א"ל דלמס לדידן מועיל סמיגו בשכרו שלא בעדים, סלא מיגו דסעזס סוי רק כחזקס וחזקס א' אינו מועיל גבי שכיר, דסטעס משוס דבמיגו כל דסו [דסוי רק כחזקס] אוקמו אדינא, וכמ"ש סרא"שונים שס בשס רב שרירא גאון, וקושיית סש"ס סיא לרמב"ח דאמר כמס מעליא ש"ס, וכמ"ש סר"ש גאון, רק דא"ל נומר דקושיית סש"ס על כב ושמואל אזלא רק מליסנא דמשמע דגס משבועס פטור, אבל ממס דמפורש בדבריסס דמסימן סבעס"ב לגבי ממון קשיא, משוס דמיגו כזס כחזקס, [וסא דאין ממתינים גס בשכרו בעדים] עד למחר, ויסיס ג"כ חזקס א' דאין בעס"ב עובר על ב"ת, וניקוס אדינא, סוא משוס דחכמים תקנו רק אס מיד שטענו בב"ד יש חזקס מסייע לבעס"ב, אזי פטרוסו וסעמידו על סדין, אבל לא שיחושו עוד לטובת סבעס"ב, לחזור לו פטור לסמתין עד למחר כיון דגס אז יסיס פטור רק בשביל שסעמידו על סדין, ולא מסתקנס, ע"כ לא תקנו ע"ז, ובפרט לפמ"ש סתומים (סי' פ"ט סק"ז) דבשכרו שלא"ב אין סטעס משוס מיגו, רק כיון שסשכיר לא חש לטובתו, שסבעס"ב יוכל לכפור לו סכל שלא שכרו ולא עשס עמו מלאכס כלל, ע"כ גס אנן לא מתקנין בעדו, אבל לרמב"ח מקשס סש"ס כסנ"ל :

מ"ש בפנים בתירוץ על קושיא (ד') דסס"ד לס"ד דש"ס דבקלילס דינו כמתוך, דל"מ חזקס לפוטרו, יש לסביא ראיס לזס מסוגיא דשאולס ושכורס; דבשאלס סיוס ובשאלס חלי סיוס סוי מתוך, סגס דאיכא חזקת חי, שמתס בזמן סמאוחר ביוס ובשעס שסיתס שכורס :

ומ"ש בפנים בתירולו על קושי' (ס') דכיון דטענת סחזרתי דנאמן לדעת סבעס"מ במיגו דנאנסס סוי רק כחזקס, ע"כ גס נאנסס במיגו דסחזרתי אין לסאליס כח טענס זאת יותר מטענת סמיגו, כ"כ סש"ך (בכללי מיגו סק"י) ליישב קו' תוס' ב"ב גבי מיגו במקוס חזקס, מיבמות :

מ"ש בפנים [בסוף סאות] דלרבס דאית ליס מ"ל, ע"כ דאמרינן מיגו לאפמ"ש, ל"ע בדברי סט"ז (רסי' רנ"ו), אבל מדברי תשובת שב יעקב (ח"א סי' מ"ז) מובא באחרונים, שכתב דגס למאן דס"ל דאמרינן מ"ל מ"מ סיכא דאיכא לברורי מבררינן, אין לסקשות על מ"ש בפנים, דסא דסיכא דאיכא לברורי מבררינן סוא רק מדרבנן [ועי' ר"ן פ"ק דחולין] וקושיית רבס על מב"מ דחייבס רחמנא :

[**הנה** תוס' בסוגיין סקשו דלמס עקרו שבועס מבעס"ב סא כיון דמיחייב שבועס רמי אנפשיס, וגס סקשו דימתינו לפועל עד למחר ואי לא מדכיר יסא שכיר לריך לסביא ראיס, ותירלו בתירוץ סראשון כיון שסתחיל לכפור שוב לא יודס ואינו נותן לב לסיות נזכר פן יסיס מוחזק שקרן, וסקשו סאחרונים דא"כ בכל שבועס, דקי"ל כאביי דחשיד אממונא חשיד אשבועתא רק סטעס משוס ס' מלוס ישנס, ועי"י סשבועס יזכיר עלמו בבירור, ול"א כיון שסתחיל לכפור שוב לא יודס, וא"ל דסתס כיון דסוא רק מסופק ע"כ גס אס אינו נותן לבו לסיות נזכר יודע בעלמו דנשבע לשקר במס דנשבע בברי, וסכא בשכיר, קודס שבעס"ב משיס אל לבו סוא בעיניו ודאי ובירור גמור שפרע, לכן לא ישיס אל לבו, דז"א דסא כ' תוס' בסוגיין (בד"ס מתוך שי"ל ל"ש) דלסכי בשכרו שלא בעדים נאמן במיגו ול"ס מיגו בדלדמי, כיון דסוא רק מסופק וחסדינן ליס מס שטוען ברי שסוא שקר, ולפיכך מועיל סמיגו לברר שאינו משקר (ועי' במסרש"א), סרי דנקטינן ליס רק כמסופק, ותירלתי בזס דסא תוס' (בד"ס וליתיב) כ' דר"י ורבנן פליגי דלרבנן סוי וודאי שוכח וסוי א"י א"פ, ולר"י סוי רק ס' שוכח, ובמודס במקלת אין אנו מניחים אותו לישבע דשמא שכח, ולכן שכיר נשבע ונוטל, ובכ"ס לא מחייבינן ליס משוס א"י א"פ כיון דסוי רק ס' א"י, ועתס יש לאדם דלרבנן אמרינן תרווייסו דסוא ודאי שוכח (שסעירלות ישכיחסו שיסיס מסופק בדבר), וגס סוא ס' שוכח, שיש לספק שמא סעירלות נתרבו אללו וסוא שוכח כל כך עד שדימס לודאי שפרע, ומש"ס אין אנו יכולים לסשביעו, דאולי סוא שוכח עד שסוא ודאי אללו, ואז כיון שסתחיל לכפור שוב לא יודס ואינו נותן לב לסיות נזכר, משוס דסוא אללו לודאי שפרע, ומס' לא משבעינן ליס (ועי' בר"ן ר"פ שבועת סעדות דכס"ג מיקרי אנוס בשבועס, מ"מ לכתחילס בודאי לא משבעינן ליס בכעין זס), וגס אס ימתינו עד למחר אולי יעבור על בל תלין משוס שסוא אללו כברי, אבל סיכא דאית ליס מיגו נאמן ול"ס מיגו בדלדמי, דממנ"פ, למס שסוא ודאי שוכח, שנעשס ספק אללו גס שלא פרע, ומס שטוען ברי סוא משקר, ע"ז יש לו מיגו, ואס נאמר דאולי שכח כל כך שסוא בלבו בירור גמור וסוי מיגו בדלדמי, שכחס כזאת סוי רק ספק, ומספיקא לא מפקינן ממונא כמו דאמרינן לר"י, דסוא רק ס' שוכח] :

באות ג סקשס לשיטת סבעס"מ סגס דאפקיד בשטר מ"מ אס יטעון דבעליו סיס עמו יפטר בל"ש במיגו דנאנסו, א"כ יסא נאמן נאנסו בל"ש במיגו דבעליו עמו, ומתרץ עפ"י דברי תשובת רמב"ן דבבעלים חייב ג"כ שבועס שא"ב ושלא שלא בו יד, ולכאורס ק' דמ"מ למס מחוייב לישבע שלא פשעתי, סלא ע"ז יש לו מיגו דבעליו עמו, ובאס יטעון כך יפטר משבועס זו דפשיטס בבעלים פטור, וסגס דשלא פשעתי סוא ע"י גילגול, סלא גס על גילגול אמרינן מיגו (תוס' ב"מ נ"ז תד"ס ביוס), וניחא לי דגס אס יטעון בעליו עמו יתוסף עליו שבועס שאמת אתו שסיס בבעלים, ע"י גילגול שבועס דא"ב ושלא שלא בו יד, ומיגו אין לו לאפטורי משבועס זאת, דסא גס בטענת סמיגו חייב שבועס, [דעד כאן לא סבירא לסו לסני פוסקים דנאמן בל"ש גס סיכא דבטענת סמיגו ילטרך לישבע, אלא סיכא דעל טענתו דסשתא לא חייבס סתורס שבועס, ואס נאמין לו בלא מיגו לא ילטרך לישבע, רק דנימא כיון דאינו נאמן רק במיגו ע"כ לא יעדיף כח טענתו דסשתא מטענת סמיגו, ואס נאמר דלא ילטרך סשתא לישבע יוגרע סמיגו בכללו משוס דאין רלונו לטעון טענת סמיגו בכדי שלא ילטרך לישבע (כמו שסברי סרמב"ן וסייעתיס), בזס סברי ספוסקים סנ"ל דסרווחת סשבועס אין מגרע את סמיגו ואמרינן דנאמן במיגו לממון, וסוי כאילו סיס נאמן טענס זו בלא מיגו, וממילא פטור משבועס דסא על טענס זאת לא חייבס סתורס שבועס, אבל סיכא שגס אס נאמין לו טענסו דסשתא בלא מיגו ילטרך לישבע, סיאך נימא דיסא נאמן בלא שבועס במיגו, ותועיל סמיגו כזאת לגבי שבועס, אשר גס בטענת סמיגו ילטרך לישבע, וכמו כן בטענת בעליו עמו חייב שבועס ע"י גילגול] :

באות ט מביא קו' סעולס על קו' סש"ס שבועת שומרים דא"ר סיכי מש"ל, בתשובת רע"א זלוקללס"ס (סי' קע"ס) מדחס קו' זו דקושיית סש"ס סיא על ש"ח, ובפנים סעמיד סקו' על רש"י דפירש בסדיא דקאי על ש"ש :

אולם מדחס אותס מטעס אחר, ועי' בנתיבות (סי' ש"ג סק"ג) סכ' דלגבי שכירות דינו כחנוני על פנקסו דנאמן בשבועס דמס לי סוליא ממון על פיו או עשס מלאכס ע"פ, וסוא מן סתקנס אבל אנן קיימינן על דין תורס דחייבס שבועת סשומרים, וגס לספוסקים (בסי' נ"א ס"א) דסחנוני נוטל מן סדין, עי"ש בש"ך (סק"ג) בשס בעס"ת דסטעס משוס חזקס שליח עושס שליחותו, סא אס סיס אונס אין סדבר בידו לשומרו, ושמא סיס סאונס מיד שלקחו לשומרו, ול"ש ע"ז חזקס כלל, גס טעס סשני משוס דבוודאי חייב לאחד מסס, לא שייך כאן, אבל עוד ק"ק דאמאי לא נוקמי אחזקס דסאונס סיס אח"כ, כמו דאמרינן בכמס דוכתי, דלעולס מאחרין סמעשס :

באות י כ' דאס סלוס לו מקדש שספקיד אללו פטור סשומר מס"ת מטעס דסוי א"י א"כ דשמא לא סוליא עוד סמעות בעת שנאנס ספקדון וסוי שמירס בבעלים, ול"ד לאומר יש לי בידך כנגדן וכמ"ש לעיל (באות ג), ומיגו לית ליס דטוען א"י, דסכא גוף סתביעס ברורס ויש מקוס לספק בזס וסוי כדרדא דממונא :

שם מביא דברי תוס' כתובות (נ"ו) דלר"ג גס בשו"ש אזלינן בתר חזס"ג, לכאורס ק' ע"ז מדבריסס דלקמן (ע"ו.) ד"ס ריש לתירוץ ר"י שס, אך באסיפת זקנים שס מבואר דתוס' חזרו מזס ספירוש ומליין על דברי תוס' (נ"ו) סנ"ל :

עוד שס בפנים [באות סנ"ל] דר' יסושע לא פליג על ר"ג במשארסתני נאנסתי רק משוס דברי גרוע ושמא טוב דלא סו"ל למידע, ול"ק ע"ז מריש פ' סאשס שנתארמלס דפריך סש"ס דמתני' שס לא אתיא כר"ג, סלא גס כר"י לא אתיא דגס סוא מודס בזס, דסא סו"ל למידע אס נושא בתולס או אלמנס, דז"א דסא סתס באמת טוען ברי שאלמנס נשאס, רק דקס"ד משוס דרוב נשים בתולות נישאות כשמא דמי, סוא רק לסעלות טענתס בזס ולסחליש טענתו כאילו טוען שמא, אבל מ"מ ריעותא ליכא דסו"ל למידע וטוען שמא, דסא טען ברי :

עיין

[עיין בתומים (סי' ע"ה ס"ק כ"ב) שהכריח מקו' תוס' כתובות (פ) ד"ה אי, שהקשו למה חייב ליתן לה מנה לר' יהושע שמא תחתיו וברצון, והא כיון לדעת התוס', דארוסה י"ל כתובה וכיון דכבר נתחייב לה ושמא זינתה תחתיו וברצון ונפטר מחיובו הוי א"י א"פ, והוכיח מזה דא"י א"פ בלא הו"ל למידע פטור, ולפמ"ש בפנים דלר"י בע"כ נ"ל דא"י א"פ פטור בלא הו"ל למידע, אין ראיה לדידן, דתוס' קאי התם לר"י]:

בסימן ם

כ' דהאומן יאמר הריני כשאר התובעים, עמ"ש בזה בפנים לקמן (בסי' ס"ז אות ה' בהגה"ה):

באות ב מ"ש לפרש כוונת הראב"ד בקושייתו על הגאונים מרבא בר שרשום משום דהוי כמיגו דא"ב כופר הכל דל"מ לאפטורי משבועה [ובע"כ צ"ל משום דבידו לומר הריני כשאר התובעים, היינו שיכבוש את השטר משכנתא וגם את השטר הלואה], אין להשיב ע"ז דהא התם איירי דהיורשים טוענים שמא, דאל"כ גם אם יטעון לקוח חייב לישבע שבועת היסת [וכ"כ תוס' ב"ב שם בד"ה מיגו, ושארי ראשונים שם], וא"כ ליכא העזה כלל, דז"א דהא כללא הוא דאנן טענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למיטען, הן לפוטרם מממון, או לחייב שבועה את שכנגדם התובעם, וכיון דלגבי אביהם היה חייב שבועה, כמודה במקצת במיגו דא"ב כ"ה, גם אנן טענינן לגבי יורשים לחייבו שבועה, והא דפליגי ראב"י ורבנן (שבועות מב:) דרבנן ס"ל דבבנו מעיז, ולכן גם מב"מ בבנו פטור במיגו דא"ב כ"ה, ול"א דאנן טענינן כאשר אביהם היה טוען, דהא להוציא אין אנו טוענין בעבור היורשים כמ"ש בש"ע (סי' ע"ה ס"כ) ובאורים שם בפירוש (בס"ק ס"ג), אבל הכא גבי רבא ב"ש הוי לפטור את היורשים, שלא להוציא מהם בלי שבועה, דכן הוא סברת הגאונים דהוי נוטל כיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין, ולכן הוכיח הראב"ד דלא כהגאונים, ודייניך ליה לענין שבועה ג"כ כמוחזק, כמו דס"ל להגאונים לגבי ממון דהוי מוחזק [ולכן ל"א אין אדם מורים שבועה לבניו, מחמת שבועה זאת, כמבואר בש"ע (סי' פ"ב סי"ז) ובתשובת רשב"א מובא בב"י (סי' ק"מ). כיון דהוי מוחזק בממון, משום דאילו היה רוצה היה מחזיק בגוף החפץ לתלוטין, לכן גם עכשיו מיקרי מוחזק, והיכא דהוא מוחזק ל"א אא"מ שביעה לבניו, (ול"ה מיגו להוציא), כאשר ל"א אא"מ שבועה לבניו לב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי (שבועות מ"ח:), הגם דלגבי שבועה לא מיקרי מוחזק כדקתני התם דהאב אינו גיבה אלא בשבועה והוא מחמת דאנן טענינן ליתמי, הה"ד לדעת הגאונים במשכון], ולדעת הראב"ד שוין הן, דגם לגבי שבועה מיקרי מוחזק, ושבועת היסת חייב כמו בכל מוחזק, וזהו נגד הבע"ד בעצמו, אבל לגבי היורשים אנן לא טענינן בעדם לחייבו היסת, דלהוציא לא טענינן בעבורם:

בסימן סב

מיישב דברי הרי"ף בסוגיא דתופס לבע"ח, [עיין בבה"ג (בהל' גיטין) שמביא המשנה האומר תנו גט זה לאשתי ושטר שיחרור זה לעבדי ומת וכו' האומר תנו מנה לפלוני ומת יתנו, ומסיים לפי שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו, ואינו מובן דמה שייך טעם זה לשיחרור איכא דרבנן, ולפמ"ש בפנים ליישב דברי רבינו האלפסי כגון מאד, דגם בשיחרור כיון דלגבי קנין איסור הוי גם בשיחרור חובה, ואין חבין לאדם אלא בפניו, וע"כ דשיורי שייריה בזכייה זו עד דמטי לידיה ולכך אם מת לא יתנו, וכמ"ש בארוכה בפנים, וא"כ י"ל דגם הבה"ג אזיל בשיטה זו:

הנה ק"ק לשיטת הרי"ף דאן ל"ה בזכי רק לענין שא"י לחזור, דלמה לא יוכל השליח לתפוס ולעשות עצמו ש"ק של העבד (והר"ן שם פירש כן בקושיית הש"ס ש"מ התופס לבע"ת במקום שח"ל קנה) ויהיה משוחרר גמור שגם אי מת האדון קודם קבלתו של העבד יהא משוחרר, וח"ל ל"ה לאדון כיון שהוא א"י לחזור בו, ולגבי יורשים ל"מ ח"ל כדמשמע בתשובת הרי"ף מובא בראשונים שם, ולגבי מע"י של העבד שיהיה בנתיים קודם שיגיע לידו, הלא מוקמינן בש"ס למ"ד דא"י הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך, מיירי המשנה גם בדלא ספקא, ומסתמא המשנה דקתני לא יתנו לאח"מ מיירי ג"כ בגוונא ההוא, ולמה לא זכה השליח בעבורו לגמרי כיון דל"ה ח"ל, ועפ"י הכתוב בפנים ל"ק דכל הטעם דאינו משוחרר גמור משום דחב לעבד:

בעיקר דינא דתופס לבע"ת, הערותי, דזהו מסתברא דכפי מה שמגיע למלוה הזה לחלקו, אם יחלק בב"ד (כמבואר בש"ע סי' ק"ד ס"י), דמהני תפיסת האחר בעד המלוה, וזה לא הוי ח"ל מה שגורם בתפיסתו שלא יוכלו המלוים האחרים לתפוס דלולא תפיסתו היה יכולים לתפוס גם את החלק הזה, דבמטלטלין מהני תפיסת כל א' אפי' מהבע"ת בכולה (שם סעיף ג), דהא על זה יזכה בדין, רק דהם יכולים להערים ויתפסו בכולה, בוודאי לא מיקרי ח"ל (וממ"ש בסמוך), וא"כ יועיל כל תפיסתו גם על יתר מה שיגיע לחלקו בב"ד, כמו דמהני אם הלוה חייב גם לתופס ותופס לעצמו ולאחרים דאמרינן דמהני מטעם מיגו דיש לו יד במקצת וזכה לנפשיה זוכה גם לאחריני כמ"ש הש"ך (סי' ק"ה סק"ב) והב"י והפ"ש, וכ"ש דנימא מיגו דזוכה לאחריני במקצת זוכה גם בכולה, והרחבתי עוד בזה לתרץ שיטת רש"י דבעשאו שליח מהני תפיסתו, מקושיית תוס' מההוא דיימר בר חשו, דהתם הוי ח"ל מחמת היורשים שיעשו מטלטלי דיתמי [ולא מחמת הבע"ת דלאו אמרינן דמהני מטעם מיגו דזוכה במקצת) ולא יזכה כלל בב"ד, ולכן הוי ח"ל על כולה ולא קנה כלל, אח"כ מצאתי בס' שער המשפט שמביא כן בשם המבי"ט שזכה כפי הסידור לבע"ת ואח"כ אמרינן מיגו, והשע"מ מתרץ בזה דעת רש"י, ובה"ש שכוונתי לדבריהם, ומה שפיקפק השע"מ שם על דינו של המבי"ט ממליאה דלר"כ הוי ח"ל והוא משום שאחרים יכולים לזכות ע"י הגבהתם, ולדידן דמגביה מציאה לחבירו קנה המעט רק משום מיגו דא"ב זכה לנפשיה, וא"כ גם כפי סידור הוי ח"ל דהבע"ת אחרים יכולים לתפוס בכולה, וכן הקשה מיימר בר חשו, דמבואר בתשובת הרי"ף דפירש כפשוטו דהוי ח"ל לגבי בע"ת אחרים, הגם דמטלטלי דיתמי לבע"ת לא משתעבדי, ורק משום דמועיל תפיסתם הוי ח"ל, ויש לחלק דהתם גבי אבידה ומטלטלי דיתמי לא מזדקקין ב"ד לזה כלל, ורק כל הקודם זכה מש"ה הוי ח"ל, משא"כ גבי בע"ת דדינא הוא דב"ד יזדקקו לזה ויחלקו ביניהם, הגם דאם יקדים א' מהם יועיל תפיסתו מ"מ ל"ה ח"ל במה שיש לו זכייה בב"ד]:

באות ג כ' לפרש דברי הסמ"ע דראייתו מהא דכל האומר תנו כאומר זכו, גבי שיחרור, משום דחב לשפחות, ולכאורה מקו' תוס' בסוגיין (בד"ה ש"מ) שהקשו דמאי ח"ל איכא, מוכח להיפך, אכן ז"א דתוס' אחזו בזה דהאדון חייב לשחרר, ומש"ה לא מיקרי חב לאדון, הגם שיש לו הפסד קנינו שהיה לו בעבדו, ומכש"כ דל"מ ח"ל במה שיוגרם מניעת הנאה לשפחות כיון דהרב חייב לו מן הדין לשחררו, [משא"כ בלוה שזוכה למלוה שלו דאדרבה הדין נותן שיחלק לכל הבע"ת שלו, לכן צריך הסמ"ע להביא ראייה דמהני], וזהו לס"ד של תוס', אבל לפי תירוצם דהרב אינו חייב כלל, רק משום דעשה עצמו כבע"ת שהוא ח"ל, ולמסקנא דש"ס, דהוי כאומר לו בפירוש זכי, מזה הכריח הסמ"ע שפיר דמאי מהני זכייתו ברצונו הטוב, דמכל מקום גורם החוב לשפחות, א"ו כיון דהוא קנינו, הה"ד גבי לוה, אח"כ ראיתי בחידושי ש"ב הגאון מסר"מ ז"ל שנדפסו בסוף ס' דברי משפט, שכ' ג"כ לפרש בדברי הסמ"ע משום דחב לשפחות, הולם מדחה זאת מדברי תוס' הנ"ל, ול"נ כמ"ש:

בסימן סג

בשמעתא דמעמד שלשתן, [הנה ראיתי בכת"י ידי"נ הרב המאה"ג וכו' מוכתר בירא"ת ה' מו"ה נבי יהודה הכהן זצ"ל מירושלים ת"ו, איזה דברים השייכים לענינים אלו, ואציגם הנה, בש"ס ב"מ (דף כ' ע"ב) ש"מ איתא לדשמואל ופי' רש"י ז"ל בד"ה איתא כו' הלכך אם מכרה היא כו' חזרה ומחלתה לבעל בתפרי מחול עכ"ל, וכ' בספר מהר"מ שיף ז"ל דכאן נראה מדברי רש"י ז"ל דהשובר בעצמו הוא המחילה, ובד"ה לשתי כתובות נראה שהוא מטעם מיגו עי"ש עכ"ל. והנה בתוס' בד"ה ש"מ כתב המהרש"ל שמוכח מדבריהם שהוא מטעם מגו [וכוונתו מבואר דאל"כ מה תירצו בתוס' דלא שייך מעמ"ש כי הבעל והאשה יכפרו המכירה, אכתי איכא למיחוש דילמא היה במעמ"ש ולא מועיל המחילה ע"פ הדין אע"כ מטעם מיגו], ונראה לפע"ד בעזהש"י דרש"י לשיטתו ותוס' לשיטתם, דהנה הראשונים הקשו כאן על הגמרא מה מיגו איכא הכא דאי בעי מחלתה הא י"ל שירא למחול שלא תצטרך לשלם מטעם גרמי, ותירץ בנ"י דהשובר בעצמו הוא המחילה, והנה לשיטת התוס' י"ל לפי מה שכתבו בכתובות (דף י"ט) דהא דאין המלוה נאמן לומר שטר אמנה במיגו דאי בעי מחיל, וי"ל דאין זה מיגו שירא להפסיד חובו כו', וכתבו עוד אע"ג דהכא שמבינן אמיגו כה"ג דשאני הכא דאיכא שובר דמוכח וכו' ע"ש, וא"כ מוכח מדברי התוס' היכא דאיכא שובר דמוכח אמרי' מיגו אף היכא דאיכא פסידא, ולפ"ז לא קשה לשיטת התוס' קושיית הראשונים הנ"ל דכיון דאיכא שובר אמרינן מיגו בכה"ג כמובן ולא קשה לשיטתם רק ממעמ"ש, וע"ז מתרצו דלא שייך כאן מע"ש וכפי' מהרש"ל, אך בעיקר הדבר שכתוב בתוס' דהיכא דאיכא שובר דמוכח מהני המיגו אף דשייך הפסד, הוא ג"כ לשיטתם ז"ל דהפי' בגמרא דילמא כתב ליתן בניסן כו', היינו שעודנה לא פרע מקודם א"כ שפיר אם מחלה איכא הפסד דלא ישלם לה, ואפ"ה אמרינן מיגו, א"כ מוכח דאמרינן מיגו בכה"ג כיון דאיכא שובר לפנינו ומתורץ קושי' הראשונים הנ"ל, אבל לשיטת רש"י ז"ל דהפי' בגמרא דכבר פרע לה, וא"כ אף אם עתה תמחול לו ג"כ אין כאן הפסד כלל דהא כבר פרע לה הכתובה, וא"כ לשיטת רש"י ז"ל יקשה קושיית הראשונים הנ"ל דילמא יראה למחול שלא תפסיד, ותירוץ של התוס' לא ס"ל כיון דאין הכרח לזה וע"כ צ"ל כמו שתירץ בנ"י דהשובר בעצמו הוא המחילה אך על זה יקשה קושיית התוס' דילמא מכרה במע"ש, ואם נאמר כתירוץ תוס' דלא שייך כאן מע"ש א"כ צ"ל שהוא מטעם

מיגו

מיגו כמו שכתב במהרש"ל, לכן רש"י לשיטתו כתב שהוא מטעם מיגו וגם השובר בעצמו הוא המחילה בכדי שלא יקשה קושיית הראשונים הנ"ל וגם קושיית התוס' ממע"ש, כנ"ל בעזהש"י לדעתי השפלה:

שם (דף ע"א) שליחות דכל התורה כולה נמי מתרומה גמרינן לה וכתב בס' ת"א וז"ל פי' שליחות דכל התורה כולה נמי אין שליחות לעובד כוכבים מתרומה גמרינן לה, ורש"י ז"ל כתב שליחות דכל התורה כולה שיהיה שלוחו כמותו מתרומה גמרינן בקידושין, משמע דמתרומה גמרינן לכל התורה דשליחות מהני, וזה תימה שהרי פ"ב דקידושין איתא בהדיא דאדרבה הא דשליחות מהני בתרומה גמרינן לה משאר מילי עכ"ל, ושלא יהיה דברי רש"י ז"ל תמוהים, י"ל בעזהש"י דכוונת רש"י ז"ל ג"כ כפשטות הסוגיא דקידושין דעיקר לימוד מתרומה הוא, מה שאין שליחות לעובד כוכבים, ומה שכתב שיהיה שליח כמותו היינו ישראל לאפוקי עובד כוכבים שאין זה כמותו אבל ישראל כמותו הוא, והצעתי דבר זה לפני גדול אחד מגאוני זמנינו שיחיה לאוי"ט, ואמר שכן נכון לפרש דברי רש"י כאן, (ומכאן קצת ראיה לשיטת הט"ז מובא במג"א סי' תמ"ח סק"ד דעובד כוכבים לעכו"ם עושה שליח משום דהוא כמותו], עכ"ד הרב הנ"ל, ויען כי באו כתבי תורתו לידי ולאשר ידעתי את רב אהבתו של אאמו"ר המחבר זצללה"ה אליו, לכן אמרתי לעשות לו זכרון בספרו, בדברי חידושיו הראוים למ"ש:

והנה מ"ש הרב הנ"ל דלפי תירוצו של תוס' כתובות ל"ק קושיית הראשונים, יש לחלק דדברי תוס' הם רק היכא דגם בטענתה עכשיו אינו מגיע לה שום ממנו בב"ד שכבר הודית שנפרע כתובתה עוד בניסן, וא"כ בכי דינא ליכא נפקותא לה טענתה עכשיו או טענת המיגו, אך דנאמר דמ"מ ריע לה טענת המיגו, שסומכת על נאמנותו שיפרע לה בטענתה עכשיו כיון שיודע האמת ובטענת המיגו לא יפרע לה, על ריעותא כזה מהני הסברא כיון דאיכא שובר דמוכח אמרינן גם מיגו כזה, משא"כ אם הנפ"מ בטענתה לבין טענת המיגו גלוי וידוע לכל, כגון לגבי גרמי שיהיה לה היזק ניכר דעכשיו ע"פ הדין לא תפרע רק דמים שקבלה, ואם שמחול מחוייבת לשלם כל דמי הכתיבה, ואין שחלה למיגו כזה, ומה מהני מה דאיכא שובר לפנינו דלפי החשש דהשובר הוא שקר אין כאן מיגו כלל, אך מ"ש לשיטת רש"י הדברים ישרים, והוא, כיון דפירש דכבר פרע לה, (וכ"כ רש"י ד"ה ולא נתנה עד תשרי), וע"כ צ"ל תרווייהו טעמי, דאם לא מכרה במעמ"ש רק בכתיבה ומסירה, ול"ל מיגו שתפסיד מחמת גרמי, אזי טענתה עכשיו מהני מחמת מחילה ויפסידו הלקוחות כדין, ואי מכרה במעמ"ש רק דליכא עדים כאן ואינו מועיל טענתה עכשיו מחמת מחילה, אזי מהני מטעם מיגו כיון דלא נודע המכירה, וא"ל דילמא מכרה במעמ"ש וכו"מ, והעדים אינם כאן שמכרה במעמ"ש דלפי טענתה יפסידו הלקוחות והוא שלא כדין משום דהיה במעמ"ש, ומיגו לית לה דתפסיד מחמת גרמי, דז"א דאם מכרה בכו"מ ומעמ"ש אזי בוודאי נזכר בשטר מכירה שהיה במעמ"ש, למען לא תוכל למחול, וא"כ גם בטענתה עכשיו לא תפסיד מאומה ללקוחות, וכן צ"ל בדעת נמוקי יוסף אשר כולל יחד השני טעמים אלו, דתירץ על קושי' דמעמ"ש כמ"ש תוס' וכמבואר:

הנה בדברי נמו"י הנ"ל אשר הקשה היאך הוכיח רבא דאיתא לשמואל דמוכר בע"ח לחבירו ומחלו מחול, ונאמנת משום מיגו, הא בטענתה עכשיו שהכתובה פרועה היא מעיקרא צריכה לפרוע רק דמים שקבלה, ואם תמחול מחוייבת לשלם מדינא דגרמי כל דמי הכתובה, ותירץ דלאו מחמת מיגו אתינן עלה, אלא כיון דמודה דפרועה היא והשובר מעליא הוא זו היא מחילתה וכמאן דאמרה מחיל לך דמי, ועי' בטו"ז חו"מ (סי' ס"ה סעיף י"ח) דפוסק גם אם אין המלוה מודה בשובר מ"מ אינו גובה הוא או בע"ח שלו או לוקח שט"ח שלו מהלוה, כיון שהלוה צועק דממנו נפל השובר, והשובר לפנינו, והחמ"ת והב"ש אהע"ז (ס"ס ק"י) חולקים על זה, וס"ל דהיכא דנפל השובר איתרע והשטר בחזקתו, וגובה בהשטר, אלא דלא קרעינן השובר אולי יבאו עדים שהשובר נמסר בזמנו, וא"כ קשה מאד אנה דעת רבינו הנמו"י נוטה, אם כדעת הטו"ז, לא הקשה כלום, דגם אי תמחול לא תשלם רק דמים שקבלה, דהאמר ללקוחות מה הפסדתי אתכם, הלא בלעדי לא תוכלו לגבות מהבעל, רק שלא יהיה השובר בידו ועכשיו שמחלתי יהיה בידו הפטור להראות שמחלתי לו, אבל גרמי אין כאן, ואי סובר כשיטת החמ"ח והב"ש ושפיר מותיב, א"כ אינו מובן תירוצו כלל, דס"ס אם נחזור לו השובר ויוחזק שהשובר טוב (כדאיתא בב"ש שם (י"ט) מלאדרוה ניהליה רבנן קמו רבנן במילתא) וא"כ בעת אשר יבאו הלקוחות לטרוף ויראה להם השובר, אזי תשלם להם רק הדמים שקבלה, כי מכרה כתובה שהיא פרועה ובאמת מרע השובר והכתובה בחזקתה, רק דמחזירין מחמת דטענתא דפרועה היא הוי כמחילה עכשיו, ותייבת לשלם כל דמי הכתובה משום עכשיו, וזה כמה אשר תירצתי דברי הנמו"י דהנה בדינא דאביי דעבח"ל פליגי תוס' והרי"ף אי גם בשטר מכר ומתנה אמרינן כן, כמ"ש בתוס' ב"מ (י"ט) ד"ה ברייתא והרי"ף בסוגיא דמצא שט"ח והרא"ש שם (סי' מ"ט), וטעם מחלוקתם תליא בסברא בהא דבעינן לאביי דמטא לידיה, לאביי אי הוי בתורת תנאי או שיור בגוף חלות השטר (וכמ"ש בפנים סי' מ"ג אות ה'), ולשיטת התוס' הוא רק בתורת תנאי, ולהכי גם בשטר מכר ומתנה שכתבו בניסן ולא נתנו עד תשרי ובנתיים מכר לאחר מ"מ כיון דנתקיים התנאי בסוף והגיע ליד הלוקח הראשון חל המכר למפרע, ולדעת הרי"ף דהוא שיור בחלות השטר, ולכן דווקא בשט"ח שכתב ללות בניסן ולא לוה ע"ת, ובנתיים מכר קרקעותיו כיון שהגיע לידו בסוף שפיר טריף מלקוחות כיון דביום שנכתב כבר התל החיוב וביום הנתינה יוכל לגמור, דמה שמכר לא היה חזרה כלל על חיובו, אבל בשטר מכר ומתנה כיון שכבר נסתלק המזכה לחזור לגמרי מהמכר ומתנה והקנה לאחר בקנין, מה מועיל שיגיע לידו לבסוף, איך יגמר הקנין כיון דכבר אינגו הבעלים של הדבר הנמכר וניתן, (וגם בקצוה"ח סי' ל"ט סק"ז כתב כעין זה בשיטת הרי"ף), ולהכי הוכרח הרי"ף לחדש דהא דאמר אביי שובר בזמנו טורף, הגם דהתם הוי כשטר מכר ומתנה שחזרה מגוף השובר, דגבי שובר צ"ב דמטא לידי' כיון שהוא מחילה, והרב אלפס שם הביא ראיה דלית הלכתא כאביי דעבחז"ל דרבא פליג עליה מדמשני הברייתא רק משום דאיתא לשמואל, ועפ"פ דברי נמו"י שחידש דהודאתה בשובר הוי מחילה, יש לומר דתירוצו של רבא הוא משום עבחז"ל וצריך גם לטעמא דשמואל, והוא דאיהו ס"ל דמטא לידיה הוא מטעם שיור (ואפי' לשיטת תוס' י"ל כן דהם לא כתבו רק לאביי אבל רבא חולק בזה, ומוטב לומר כן מאשר נאמר דחולק על דינו של אביי לגמרי), וגם אינו מחלק בין שובר דהוא מחילה או שטר מכר ומתנה, ומשום זה לא יוכל לתרץ גבי מלא שובר משום דעבחז"ל לחוד כיון דהוי כמו שטר מכר ומתנה, להכי הוכיח לדינו דשמואל, וכיון דאם מחלו מחול וגם טענתה השתא יוכל להועיל מטעם מחילה הרי דגם שמכרה עודנה יש לה כח בשובר, שתוכל למסור להבעל עכשיו ויועיל מטעם מחילה (והכתוב היא או הב"ד שנמסר שלא בזמנו ולראיה שמחלה לו הכתובה נמסר לו), וכיון דעודנו בעלים על השובר דמתי שתמסור מהני וע"כ נתגולל הדבר דמהני למפרע מטעם עבחז"ל ומה דמטא לידו עכשיו ג"כ מהני, ועתה מיושב היטב דברי הנמו"י דס"ל כדעת החמ"ח וב"ש דבאין האשה מודה הכתובה בחזקתה, ולהכי הקשה דמאי מיגו איכא, ותירץ דלאו מטעם מיגו הוא, רק כיון דבטענתה פרועה ישנו מחילה, ואפי' דתהא מחוייבת לשלם כל דמי הכתובה מ"מ כיון דעדיין יש לה כח לנטות בכתובה ושובר כרצונה להקים או להפר המכירה של הכתובה, וממילא דמועיל למפרע מטעם עבחז"ל, וכיון דכן מן הדין לא נתחייבה יותר לשלם רק דמים שקבלה כיון דהשובר חל למפרע, ומפרה כתובה שנפרעה, וזהו לרבא, אבל אביי דמשני דלעולם ליתא לדשמואל ומשני משום עבחז"ל לחוד, בשביל זה הוכרח הרי"ף לחדש דשובר שאני, דלא בעינא מטא לידיה:

ויש להקשות עוד ע"ד הנמו"י, דהא רבא לשיטתו דס"ל גילוי דעתא בגיטא מילתא הוא, ומפרש טעמא דשמואל דפסק גבי ההוא דאמר אי לא אתינא עד תלתא יומין ליהוי גיטא אתא ופסקיה מברא אמר חזו דאתאי דלא שמיה מתיא דהטו לבטולי גיטא בעי לקיומי תנאי קא בעי, וא"כ מה תירץ רבא הברייתא משום דאיתא לדשמואל, וטענתה עכשיו היא גופה מחילתה, הלא גם כאן היא לא בעה עכשיו מחמת מחילה רק שקבלה כתובתה עוד בזמן כתיבת השובר, ולזה אין לה נאמנות רק מטעם מיגו, ומיגו לית לה כקו' הנמו"י, ומטעם מחילה ל"מ כיון דאין רצונה כלל מחמת מחילה (ועי' בפנים בסי' ע' אות ח' אי גם לאביי אמרינן סברא זאת, אבל הכא לרבא אליביה דשמואל קיימינן), ועפ"י דברינו ניחא, כיון דאם תרצה יועיל מסירת השובר מחמת מחילה ויהיה לראיה בידו שמחלה לו, ע"כ כיון דיש לה כח וזכות זה, מהני מחמת עבחז"ל למפרע]:

בסימן סד כתב בפנים [באות ב'] בשיטת רה"ג דבפקדיש ול"ל אינו מפקיע, משום דאלמוה, וחולק על דעת תוס' כתובות דגם דהוסר אכ"ע אפ"ה אלמוה, וכ"ה דעת הנמו"י מובא בב"ש (סי' פ"ח סק"ז):

באות ד כתב דגם בנל"ב אם הבעל רוצה לסלקה בעודה תחתיו אינו רשאי. לכאורה קשה מאד דדוקא על הכתובה היה התקנה אבל על הנדוניא מנ"ל, ושלא תהא קלה בעיניו להוציאה ל"ש דהוי כמי שלא הכניסה לו נל"ב, וכ"כ הסמ"ע (סי' ס"ה סק"ט), אבל מבואר באיגרת הרמב"ם מובא בחמ"ח (סי' פ"ה סק"ז) דא"י לסלקה, וכ"כ הב"ש שם (סק"ו) וכתב הטעם משום דהוי כשומר דא"י לחזור בתוך הזמן, וכ"כ האחרונים שם, הבית יעקב והפלאה בק"א, ובית מאיר שם (בהשמטות) מביא ראיה ממ"ש כתובות דתקנה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה היא גם על נדוניא, והוא כמ"ש בפנים:

באות ז פירש בדברי רבינו שמואל בר"ח בתוס' יבמות, עיין בסוגיא שם אע"ג דתניא כוותיה דר"א מסתברא טעמיה דר"י וכו'. ויש לדקדק אם בברייתא איתא להיפוך מה לנו לסברא,

ועפ"פ

וע"פ מ"ש בפנים מובן היטב, דגם מברייתא אינו מוכח להדיא כר"א, רק מסתימות הלשון, ע"כ כיון דמסתברא כר"י אוקמינן באמת הברייתא בגוונא שלא גבתה האשה העבדים, ולכאורה קשה אמאי יצא העבד בשן ועין לאשה, מטעם למפה"ג, הלא הא דגבתה לבסוף הוא רק מדרבנן מטעם שבח בית אביה, ובקנס אזלינן בתר דינא דאורייתא [וכדאיתא בש"ס ב"ק (ע"א) (ובש"כ סי' ר"ח) ובתוס' (שם:) סד"ה ובכר הביאו בשם הריב"א דגם להיפוך כך הוא, אם לדינא דאורייתא פטור מקנס לא מחייבינן ליה שום דינא דרבנן] ומדאורייתא אינה יכולה לומר כלי אני נוטלת, ולא יבוא לידי גבייה ול"א למפה"ג, ואיפשר ליישב בזה דקדוק הנ"ל, כיון דמסתברא טעמא דר"י משום שב"א והוא רק מדרבנן תו ליכא לראיה לר"א מברייתא, ויש להקשות בזה כיון דיציאתם לחירות ע"י שו"ע הוי קנסא כמבואר במשנה דשבועות (ל"ג:) ובעובדא דר' גמליאל (ב"ק ע"ה ע"א), וא"כ נהי נמי דגבתה לבסוף הוי מרשעת את עצמה, ובקנס בעינן אשר ירשיעון אלהים, [וכמ"ש הקצוה"ח רסי' ת'], אכן כיון דאין הדבר הברירה אצלה, ואפי' אם היא רוצית מעות יכולים היורשים לסלק לה בעבדים שלה, וכ"פ בש"ע אהע"ז (סי' פ"ח ס"ד), שוב ל"ה מרשעת א"ע, ואין להקשות דזה ל"ה גבתה לבסוף, כיון דלמפרע הוי משוחררים מקנין ממון ובלא גבתה לבסוף ל"א למה"ג, כמבואר בתוס' ב"ק (ל"ג) ופסחים (ל"א:) דא"כ איך מש"ל דינא דאביי באקדים מלוה, כיון דאם מועיל ההקדש לא גבה כלל, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא (חולין קל"ט), וע"כ כיון דבלא ההקדש והפלת שן והימת עין הוי גבה לבסוף ע"כ אמרינן למה"ג ומועיל ההקדש והשיחרור, או דזה בעצמו הוא גבייתו שהן שלו והוקדש מכחו, וה"נ בשיחרור, ועיין בזי"ר ח"ר יו"ד (דף כ' עמוד ג') כתב שם כעין סברא זאת ומתרץ בזה קושיא חמורה:

שם [באות הנ"ל] מביא דברי פנ"י דאי של"ד ל"א למה"ג, ועפ"ז יש ליישב הברייתא דקתני אבל לא לאשה, גם אי הדין עמה, דלרב יהודה בוודאי ניחא, דאיהו תלמידא דשמואל דס"ל של"ד ועיין קידושין (י"ג:), ואפי' לדידן, מ"מ י"ל דהברייתא אתיא כמ"ד דשל"ד, דהוא פלוגתא דתנאי:

באות ט ביאר ליישב דברי מהרש"א מ"ש גבי שור תם משום דהלוקח א"י לסלק, והא דכתב תוס' בערכין (ד"ג:) דרבא איירי בשיעבד מטלטלי אג"ק וא"כ גם בקה"ג למה יפקיע מידי שיעבוד נימא למפרע ה"ג כיון דגובה מלוקח וא"י לסלקו בזוזי, דהא עשאו אפותיקי ושיעבד לו אג"ק, הוא משום דכל היסוד הוא לשיטת הפוסקים דבאפותיקי גובה גם השבח אפילו לא מסיק ביה רק שיעור ארעא, אבל שיטת רש"י בסוגיא דשבח אינו כן, וש"ך (סי' קע"ו ס"ק כ"ו) האריך בזה, [וממילא מובן מ"ש בפנים (בסי' שא"ז באות ב') בתירוץ השני הוא רק לשיטת תוס', אבל לדעת רש"י נ"ל כתירוץ הראשון], והתוס' בערכין כתבו זה לשיטת רש"י, מש"ה ל"א ביה למפה"ג, ובפרט דלמסקנת תוס' שם לא צריכין לזה כלל, ועי' בקצוה"ח (סי' קי"ז ס"ק ג'):

בעיקר הדבר הכתוב בפנים בישוב דברי קו' מהרש"א, ושלא יקשה דבהקדש דמפקיע הוא ג"כ רק לאחר תקנתא דרבנן, כתב אלי אחד מתלמידי אאמו"ר המחבר ז"ל, מירושלים ת"ו, מה ששמע מפיו הטהור שיש ליישב בדרך אחר ממה שכתוב בפנים, ואינו זוכר רק קצת מאמרותיו, והוא, משום דבמכירה כל הפקעה הוא רק מדרבנן, אבל בהקדש המשבח הוא מדרבנן והקדש הוא מה"ת, ולאשר שאינו זוכר כל הדבר, לכן עודנו אינו מובן דמאי נפ"מ בזה דמ"מ גם ההקדש לא מפקיע רק מדרבנן [ויש להאריך בזה ע"פ הכללים בקנין דרבנן והדבר נוגע לדאורייתא, אבל לקצר אני בא], ויש לומר דהא דראיית התוס' דבעשה שורו אפותיקי ומכרו דמדאורייתא הבע"ח גובה, מעשה עבדו אפותיקי, ובעבדו אפי' באפותיקי סתם בע"ח גובה כמ"ש בטוש"ע (סי' קי"ז ס"ה), הה"ד בשורו אפותיקי, וא"כ להכי נקיט רבא הקדש דמפקיע גם מה"ת באפותיקי סתם, ול"א ביה למפה"ג כיון דגם הלוקח יכול לסלק בזוזי, וכמבואר שם בריש הסימן, ובמכר א"י להפקיע דהבע"ח יכול לגבות השור או מעות תמורתו, והא דנקט הש"ס דינא דרבא גם באפותיקי מפורש, זהו השתא בתר תקנתא דרבנן דבשורו אפותיקי אפי' באפ"מ א"י לגבות מהלוקח, אבל דינא דרבא בהקדש, יש לו מקום גם לדינא דאורייתא כגון באפותיקי סתם, וביותר י"ל ולהטעים את קצירת האומר אאמו"ר זללה"ה, דעיקר רבותא דרבא דאשמועינן דבהקדש כיון דחל שעה א' מן הלוה תו לא פקע, גם ע"י המלוה, הוא דין גמור מדאוריי', רק באפ"מ הבע"ח גובה מה"ת משום דאינו חל כלל דאמרינן למפה"ג, ובאם מחל המלוה זכותו שיש לו על השור דוקא, ונתרצה לקבל מעות גם מהלוקח, או באפותיקי סתם, דל"א למפה"ג, פשיטא דהקדש מפקיע, אבל במכר מצד עיקר הדין ל"א גם לגבי בע"ח כיון שחל שעה א', דהא באפותיקי סתם ל"א למפה"ג דיכול לסלקו בזוזי ובע"ח גובה ממנו, והה"ד באפ"מ ומחל המלוה זכותו שיקבל מעות מהלוקח, דבע"ח גובה ממנו דלא גרע מאפ"ס, רק מחמת דינא דרבנן במכר אינו גובה מהבע"ח לא קאמר ליה רבא:

באות יא מיישב סתירת תוס' אם נר' דשמעתא יכול לסלקו, ועיין בתוס' ב"ק (מ"ו) ד"ה שור שנגח שכתבו בהדיא דלרי"ש מצי לסלק ליה בזוזי, [ובשמ"ק שם חולק ע"ז], וי"ל דנראה דקושיית תוס' דסובר סומכוס כרי"ש, הגם דאנן פסקינן כר"ע ומהיכא אתי נאמר דסובר שלא כהלכתא, אך משום דסומכוס תלמידא דר"מ הוא (קידושין נ"ב:) ור"מ סובר כרי"ש (ב"ק ל"ו) ומסתמא דגם סומכוס סובר כן, וכיון דכל עיקר קושייתם הוא משום ראיה זאת דבוודאי יסבור כר' מאיר, א"כ מוכח דסובר שיעבודא לאו דאורייתא כמו דסובר ר"מ של"ד אפילו במלוה הכתובה בתורה כמ"ש התומים והתפארת ירושלים גיטין אות כ"ב, וראייתם מבכורות (מ"ח), וי"ל דהא דכתב תוס' גיטין דא"י לסלקו בזוזי הוא רק לדידן דפסקינן ש"ד, אבל למ"ד שיעבודא ל"ד מסתבר דיכול לסלקו בזוזי, וכעין זה כתב הפנ"י [מובא בסי' הקודם] דמאן דאית ליה שיעבודא ל"ד לא יוכל לסבור למפה"ג:

בסימן סה

[באות ד'] מיישב סתירת תוס' ב"ק בעשה שורו אפותיקי אי גובה מיתמי, דתלי' אי ש"ד, ה"נ תוס' גיטין (מ':) דבשורו אפותיקי ומכרו מדאורייתא גובה. עוד מתרץ באופן אחר, ועיין בשמ"ק ב"ק (דף י"א:) בד"ה כגון ובד"ה עשה. ובעיקר הדין מביא התומים (בסי' קי"ז סק"ו) ד' תוס' כתובות דגובה מיתמי, ומסיק דהוי ס' דדינא:

שם [באות ה'] כתב דבמחלוקת הראשונים שנוי אם באפ"מ יכול לכופו לתת לו מעות בדאית ליה, עיין בתומים (שם סק"א) דפשיטא ליה דאינו יכול:

בסימן סו

ע"ד רשב"ם דלמה לא פירש כפשוטו שטענו על גוף הדבר ואיתא בעינא, ובפרט דלפי המשמע מלשון רשב"ם דצריך לשלם לו בעד בגד מתוקן, כמ"ש, בגדיו או כליו, וצ"ל דרא"ו בידו מקודם והיה מתוקן [רק שעכשיו קודם שבאו לב"ד ל"ב ראה לס"ד לרבה], דאל"כ יהא נאמן לטעון לקוח [ועודנו לא תקנתיו, דהכי עדיף טפי משום הטעם שכתוב לקמן בהשמטות באות ד' בשם האו"ת] במיגו דהחזרתיו קודם התיקון, והגם דהרשב"ם סובר דל"א מיגו לחצי טענה כמ"ש התומים (בקיצור כללי מיגו סי' ל"א ל"ב) מ"מ בכה"ג ל"ה מיגו לחצי טענה כמ"ש בפנים, ולמה ליה לרשב"ם לפרש זה ולא כפשוטו דטענו על גוף הדבר ולא צריכין להוסיף במציאות אחר לא נזכר בש"ס:

שם [בסוף האות] נשמט מלשון הטהור דאאמו"ר המחבר זללה"ה, וז"ל מה שעמדנו לחקור אליבא דרבה דס"ל המפקיד בעדים צל"ב, וכן לדידן בא"ת, אי לקוח הוי ג"כ בכלל חזרה או לא, מבואר בדברי הרמב"ן כן דגם לקוח בכלל חזרה, אמנם לדידן בא"ת אכתי יש לדון בזה, דרק אליבא דרבה דעיקרו משום חשד הוא, מש"ה גם לקוח בכלל התנאי, אבל לדידן בא"ת דאינו משום חשד רק משום לשון התנאי ולקוח אינו נכלל בלשון חזרה:

באות ב [נשמט ג"כ מלשונו, שם בהגה"ה כנ"ל, ועוד דבשלמא בגוזל בעדים דגם אם נאמר שנאמן לומר החזרתי זהו לענין ממון אבל מ"מ נפסל עי"ז לעדות כמ"ש תשובת הרשב"א (ח"ג סי' ק"י) דכיון שכבר יצא מחז"כ לא מפקינן ליה מחזקת פסלות אלא בעדים, וכיון דריע טענתו משה"ע גופא ס"ל שגם לענין ממון אינו נאמן, משא"כ הכא שגם השתא וכו'], תירוץ נפלא על קושיית תוס' דמאי ס"ד דרבה, משום דאחר קיים בשינוי והס' הוא על הדמים וע"ז לא התנו מתחלה, ולס"ד דרבה זהו בלקוח, דגם לדברי המפקיד מ"מ חייב לו רק דמי החפץ ועל הדמים נאמן דפרע לו, דע"ז ל"ה ריעותא, אבל אתה נתת לי א"כ ליפטר מדמי החפץ, כיון דגם הוא מודה דלא נתן מעות רק שנתן לו החפץ במתנה, וריע טענתו כמו בהחזרתי שלא בעדים, דלא הו"ל

הו"ל להאמין אותו שמא יכפור במתנה, וצריך לייחד עדים ע"ז, וגם במיגו דלקוח ונתן הדמים א"כ, כמ"ש הר"ן דהוי מיגו במק"ע, ליפרע בינו לבינו, ולמסקנא דרבה ס"ל א"צ לפורעו בעדים דזה ל"ה ריעותא הס"ד דנאמן במתנה נתנו לו, כיון שהנידון רק על הדמים ולכן הוכרח הרשב"ם לפרש דהחפץ אינו ברשותו, כדי שהדיוקים יושוו:

באות ג כתב דטליתו ביד כובס הוי שינוי החוזר לברייתו, והגם דתוס' ב"ק (ס"ה:) כתבו דלרבה אפי' שינוי החוזר קונה מה"ת, בוודאי דלא עדיף לרבה שינוי החוזר מלדידן בשינוי שאינו חוזר דל"ה שינוי מעשה עד שנשתנה שמו, או היכא דהוי שינוי דמינכר טפי כמ"ש תוס' שם (צ"ג:) ד"ה עליה ושם (צ"ו) ד"ה דגזל, וטליתו ביד כובס תרווייהו מעלות של שינוי ליתנהו, ואפי' לפמ"ש המהרש"א ר"פ הגוזל קמא דלרבה לעולם קנה בשינוי, מסתברא דזהו בשינוי שאינו חוזר אבל בשינוי החוזר גם לרבה לא קנה ובפרט דרש"י שם (ד"ה וכ"ש) חולק על תוס':

שם [באות הנ"ל] וז"ל ויש לדחות משום שבא שע"ג גזילה, ולהפוסקים דאפי' בלא יאוש, כמבואר ברמ"א סי' (שס"ב ס"ח) וסמ"ע שם (ס"ק י"ז). שם ובעבד אתיא כר"מ דמסיק הש"ס ב"ק (צ"ו:) דס"ל עבדי כמטלטלי, דבקרקע בוודאי השבח אינו שלו, כמ"ש תוס' ב"ק שם ד"ה כל זכות:

באות ד השמטה מכת"י אאמו"ר המחבר זללה"ה, וז"ל הקשה תלמידי החריף מוה' לבי מיכל נ"י, על מה שכתבתי בסברת הרשב"ם דא"כ הדרא לדוכתי' קושיית תוס' שבועות (מ"ו:) ד"ה וספרי דאגדתא, גבי מכיר כליו וספריו, דליהימני' על הספרים במיגו דהשאלתים לך, ותירצו דהתם מיירי באדם שאינו רגיל עמו, דאכתי יש לו מיגו דהשאלתים לאחד מן הרגילים והוא מכרו לך, ולכאורה היטיב אשר דיבר, איברא לקושטא ליתא, דמבואר בתומים (סי' ק"ל ס"ק ז') דמיגו ל"א אלא על טענה חדשה לחוד, אבל לא להוסיף עוד טענה על טענתו, וה"נ ה"ה צריך לטעון שגנבו ומכרו לך רק שיוסיף עוד דמתחלה בתורת שאלה בא לידו ומיגו כזו לא אמרינן עכ"ל:

באות ה מתרץ קושיית תוס' ד"ה א"ה, וליטנא דש"ס שם מי סברת, וכוונתו דלעולם ליטנא דא"ה כפשטא דליטנא וכמ"ש תוס' וה"פ דבשלמא לאביי דבראה לחוד לא מהימן האומן דמשכחת לדידיה דינא דרבה במסרו לו בעדים ולא ראה ג"כ אינו נאמן, וכגון שמסרו לו בפירוש לתקן ואמר לו א"ת אלא בעדים, ול"ק דמ"ש אומן או אחר, דדינא דמשנה דדוקא אומן אין ל"ת לא איירי בכה"ג, רק בראה לחוד, אבל לרבה דלא מש"ל דינא דמשנה, רק במסרו לו בעדים, וא"כ ממנ"פ אי במסרו בפירוש לתקן מ"ש אומן, ובסתמא גם אומן נאמן, דזה ל"ה מיגו במ"ע, והגם שהאומן מודה שמסרו לו לתקן, מ"מ יהא נאמן לקוח אח"כ במיגו שלא בא לידו בתורת אומנות, וכמבואר בסמ"ע (סי' ע' ס"ק י"א) ובש"ך (ס"ק א'), ואז יהיה נאמן במיגו דהחזרתי בפני פו"פ, ומיגו במ"ע ל"ה, כיון דגוף הדבר אינו מבורר וכמ"ש בפנים, ומה שהוא מודה בזה לא מרע המיגו, דזה הוי כעין הפה שאסר, וע"ז משני דס"ל דצריך להחזיר בעדים, ואיירי בלא התנה א"ת אלא בעדים, והטעם משום כל הרוצה לשקר, [ופשיטא דא"י לתרץ דס"ל א"צ להחזיר בעדים ולא התנה א"ת דהיה נאמן לקוח במיגו דהחזרתי בינו לבינו]:

באות ו פילפל דלרבה מהני התנאי דא"ת א"ל דמ"מ יטעון פרעתי בפני פו"פ, דזה בוודאי טענה גרוע הוא, דאל"כ איך מש"ל לדינא דפוסקים דנאמן פרעתיך בפני פו"פ בא"ל א"ת אלא בעדים, עיין בסי' ע':

באות ז ביאר דברי תוס' דקו' הש"ס הוא מחמת מיגו דנאנסו, א"ל דמ"מ מאי מקשה לרבה, דילמא טעמא דברייתא הוא משום מיגו דנאנסו, ובשלוה כ"ע מודים דלל"ב, דז"א כיון דבזה לא מצינו פלוגתא דתנאי, מנ"ל לרבה לפלוגי על הברייתא, ורק דנאמר דתנאי פליגי במלוה, והברייתא אתיא כתנא דא"ל ל"ב ורבה ס"ל כאידך תנא, דא"כ מנ"ל לעשות פלוגתא רחוקה גם בפקדון:

באות יא ביאר איך שבעה"ב אינו טוען שבא בת"א, דהוי כתרי סהדות דסתרי אהדדי, והא דכתב בנתיבות (סי' פ"ח סס"ק ד') דבתרי סהדות דסתרי אהדדי אזלינן בתר חזמ"ק, זהו משום דהוי חזקה שאין עמה טענה משא"כ הכא, דהאומן טוען שלקחה:

עוד נשמט שם מדבריו העמוקים ומלשונו הטהור בעצמו, לחלק מרמב"ן, דלדברי רמב"ן סוף פרק שבועת הפקדון כל כח המיגו של התובע שלא היה ריעותא בנפילת השטר, שיטעון שלא היה לו שטר, וגם השתא שנייהם מודים, שהיה נפילת אונס וג"כ לא היה ריעותא בנפילתו, כיון שבאונס היה, דהרי גם לפי דברי הלוה שחייב לו רק חמשים זוז על השטר, ואפ"ה נאבד ממנו הרי ע"כ היה נפילת אונס, רק דנאמין ללוה בלא ש"ד במיגו דא"ב כ"ה והיה לו ראיה מנפילת השטר, ע"ז אמרינן דהמלוה ג"כ אית ליה מיגו, משא"כ הכא דהמיגו שלו שלא מכרו כיון שבא לידו בתורת אומנות, והשתא הבעה"ב בעצמו מודה שלא בא בת"א לידו, והאומן טוען שלקחו, רק מכח מיגו יהא נאמן, ע"כ אמרינן דל"ה מיגו משום מיגו להוציא, וזה חילוק ברור:

בסימן סז

באות ב' מ"ש דרבא מוקי בדאיכא עדי מלאכה, והגם דאינו נותן לו רק כפחות שבשכירות וכמו שהכריח האורים (סי' פ"ט ס"ק י"א), אפ"ל דעדי מלאכה ראו שמלאכתו שוה יותר מדינר א' ואפי' לפחות שבשכירות אבל אינו שוה ב' לפי הפחות וע"כ טענו בקלילה, ובעה"ב אומר שהזיל בעדו מעט [ועיין בש"ע חו"מ סי' רכ"ז סעי' ל"ו] וממילא דבעה"ב ל"ל מיגו דצריך ליתן יותר מדינר א', ואביי מוקי בהיו עדים על הנתינה דהוי כעדי מלאכה, ולכאורה קשה דא"כ איך יפרנס דינא דרו"ש בשכרו שלא בעדים דנאמן שבעה"ב הא עדי חזרה הוי כעדי מלאכה, אכן לא מיבעיא בשעשה השכיר אצל בעה"ב ולא מסר לו שום חפץ וכדמשמע ליטנא דש"ע (סי' פ"ט ס"ב) דאזי ל"ש עדי חזרה ואפי' במסרו לאומן וטוענים על פרעון השכירות, נהי דהוי עדי חזרה, מ"מ יוכל הבעה"ב לומר שלא תיקן רק כ"ש כשוה פרוטה או פחות, וכמ"ש בפנים, או שלא היה העדים בעת הנתינה רק ראו אצל בעה"ב, ומה שכתב בפנים הוא, כיון דבנתנה לו ע"כ מיירי בעדי נתינה או עדי ראה אצל בעה"ב י"ל דמיירי ג"כ שבשעת נתינה או אח"כ בעת ראייתם שמעו מבעה"ב שעשה לו כל הבגד בשכירתו ולא מעצמו, ותו ל"ל לאוקמי בשכרו בעדים, וכ"ז הוא לתרץ הרישא דטליתו ביד אומן כיון דע"כ בל"ז מיירי בעדי נתינה או עדי ראה אצל בעה"ב איירי ג"כ שבשעת נתינה או אח"כ שמעו שעשה לו כל הבגד בשכירתו ולא מעצמו:

[**בעיקר** הדבר יש לעמוד למה לא הביאו הפוסקים בדינא דשכיר היכא שמסרו לביתו שצריך גם עדי נתינה, וא"ל דהשכיר נאמן שנתנו לו במיגו דנאנסה, ומבואר בריטב"א קידושין (מ"ח) ד"ה נימא דהיכא דנאנס מן האומן מחוייב הבעה"ב, ז"א דהבעה"ב יש לו מיגו דא"ב אמר שהאה ברשותו קודם שבאו לב"ד, ואז בוודאי לא יגיע לו שכר, כיון דהבעה"ב טוען ברי והוא כ"ה, ומיגו שלו אלימא דמסלק מיגו של השכיר, (ועמש"ל בסי' נ"ח), אכן י"ל כיון דקי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף, וכל פרוטה ופרוטה הוי מלוה, רק הזמן פרעון הוא לבסוף שיגמור המלאכה ויחזור לבעה"ב, כמ"ש הריטב"א הנ"ל וז"ל וכן אם נאנס הכלי מתחלה מן הבעלים דמלוה הוא גבייהו מיהו אין זמנו ליפרע אלא בסוף מלאכתו דקי"ל שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עכ"ל, וא"כ אם טענו בזה, שהשכיר אמר שכבר החזיר לו והבעה"ב כופר, אזי יש לדמות להמבואר בש"ע (סי' ע"ג ס"ד) במלוה בשטר או על המשכון, וטענו בקביעת זמן שהמלוה נשבע היסת ונפטר, כיון דהחוב ברור, וה"נ כיון דשכרו בעדים ויש עדי מלאכה, והבעה"ב אינו נאמן שפרע לו, (רק דהקושיא היא דיהא נאמן שפרע לו במיגו שלא נתנו לו אבל מקודם צריכין להחליט הדין דנאמן שלא נתנו לו, הגם שאינו נאמן שפרע לו), והטענות הם אם הגיע הזמן או לא, נאמן השכיר, דדמי בזה למלוה בשטר, והגם דלפי טענת בעה"ב שמעכב החפץ שלו בידו ואיך יתן לו השכירות, זה הוי רק כטענת יש לי בידך כנגדו, ואין בעה"ב נאמן בלא מיגו, כיון דמחמת הגעת זמן פרעון, השכיר נאמן, אבל מ"ש בפנים על הברייתא נכון, כיון דלפי תירוצו של הרמב"ן אתיא כמ"ד אומן קונה בשבח כלי, ואז כל זמן שלא החזיר לו אינו מגיע לו כלל, כמבואר בקידושין שם וראיתי בקצוה"ח (סי' קכ"ו ס"ק י"ג) שכ' דגם לדידן דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, כ"ז שלא נתן לו בחזרה לא חל שם מלוה כלל רק בעת חזרתו נעשה מלוה למפרע, והביא ראיות לזה יעו"ש, אבל הש"כ והתומים (שם ובסי' לה סק"ד) נקטו כפשטא, דמיד חל שם מלוה, וכ"מ מדברי הריטב"א הנ"ל, ומתוס' רי"ד שם]:

מ"ש [באות ד'] דבכה"ג ל"א מיגו כעדים דמי משום דגם בעדים ל"מ היכא דצריכין למיגו, וא"ל דבעדים הוא משום גזה"כ, משא"כ במיגו דהוא בירור, אבל כבר כתב כעין סברא זאת הרמב"ן ב"ב (נ"ג) תד"ה אמור רבנן, וז"ל וא"ת הרי כשבא לב"ד כשהם קטנים אמר דזוזי דיתמי אית ליה גביה והיא שעתא איכא מיגו, נהי דאיכא

מיגו

מיגו כיון שהם קטנים אין נזקקין לטענותיו, לא יהא אלא שיביא עדים כלום מקבלין אותם שלא בפני בע"ד, הרי דגם בכה"ג אמרינן דמיגו לא עדיפא מעדים, אפי' היכא דלית לן שום טעם לזה, כגון בהא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד, ובפרט היכא דמעידים בדבר שהבע"ד א"י מזה כלל, כהתם גבי יתמי :

בסימן סח

מ"ש (באות ה) דא"כ פרעתיך בפו"פ גם במיגו, וראיה ממשנה דאומן, ומקו' הש"ס דרא"ה עבדו, הוא כשיטת הר"ח בתוס' בסוגיין ד"ה המפקיד [ולא כשיטת הי"מ], גם מ"ש בפנים דכל היכא דמרע לשטרא אפי' אינו כנגד חזקה, לרבה אפי' במיגו א"כ ולדידן במיגו נאמן, דהמפקיד א"ח בשטר נאמן החזרתי במיגו דנאנסה, והא דנאנסה גופיה נאמן להרע השטר, התם שאני כיון שכל חיובו של שומר על תנאי באם יפשע, או גניבה בש"ש, אבל אם יאנס לא התחיל שום חיוב [ואפי' להפוסקים דנכסי שומר משעת משיכה נשתעבדו, כן הוא, וכמ"ש הריטב"א ב"מ (ל"ז) מובא בש"מ שם תד"ה שמעת מינה], ומבואר בש"ע [סי' פ"ב סי"ב] דנאמן הלוה שקיים תנאו, ובפרט בנאנסה דממילא נעשה, ע"כ נאמן בשבועה כדין שומר, והא דאם כתוב בשטר ק' שהם ר' דאינו גובה אלא ק' [ש"ע סי' מ"ב ס"ה], הוא משום דעל ק' השניים מספקינן על התחלת החיוב ואמרי' יד בעה"ש על התחתונה :

בסימן סט

[באות ד] היתר ע"פ ד' תוס' מס' עכו"ם, לכאורה ירא"ה דהתוס' גיטין חולקים ע"ז, דכתבו שם [ל"ו] ד"ה אלא בתירוצא הראשון, דבפרוזבול פשט ולא היו יכולים לעמוד ע"כ צריך ב"ד גדול מהם בחכמה ובמנין, וגם לשיטתם באחרונה סיימו שם דלהכי בשמן צריך הטעם דאין רה"ל וכו' דא"כ למה לא תיקן רבי לאסור, ואפ"ה עיקר הטעם משום דלא נתפשטה, הא מחמת דאין רה"ל וכו' לא יוכל רבי לבטל, ואולי זהו היכא דלא נולד מניעת הקיום אחר התקנה, רק מיד לא יכלו עמוד בזה ואפ"ה נתפשטה וקיימו וקבלו מוסרות העול עליהם, מש"ה גם עתה א"י לבטל, משא"כ היכא דמעיקרא נקל עליהם לקיים, ואח"ז נולד מסבב מניעת הקיום, ועיין ברמב"ם [פ"ב הלכות ממרים ה' ז'] וז"ל גזרו ודימו שפשטה בכל ישראל ועמד הדבר כן שנים רבות ולאח"ז מרובה עמד ב"ד אחר ובדק בכ"י וראה שאין אותה הגזירה פושטת בכ"י יש לו רשות לבטל, ואפי' היה פחות מב"ד הראשון בחכמה ובמנין, ועיין בלח"מ [שם ה' ו'] הביא בשם תשו' מוהר"א מזרחי דלהרמב"ם אין רה"ל וכו' ולא פשט, כולה חדא מילתא היא, משום דהגורם דלא נתפשט משום דא"י לעמוד בה, וא"כ למה כתב הרמב"ם דווקא באם דימו שנתפשט, אפי' אם באמת נתפשט מחמת דיכולים לעמוד בה, ואחר זמן מרובה א"י לעמוד בה נמי ב"ד הקטן יכולים לבטל, ועיין בכ"מ שם ול"ע :

באות ה בטעם דדימי לנכסי וכו' דהוי הפקר, יש לעיין מדברי המל"מ [פ"א מה' מכירה ה' ח'] וקצוה"ח [סי' רפ"ז סק"ב] בשם מהר"מ מינץ דהיכא דהשכיר הבית לא' ובתוך זמן השכירות השכירו לאחר בעת שיכלה זמן השכירות, ל"מ אז חזקת השני לקנות בתורת קנין חזקה, כיון דאינו מחזיק בשל המשכיר, דשכירות ליומא ממכר הוא, והה"ד דהשוכר הראשון לא יוכל לקנות בחזקה בתוך זמן שכירתו עי"ש, ומה מועיל חזקת השכנים שדרו משנה שעברה לזכות מן ההפקר, וי"ל דחזקתה ביום כלות שנתם מהני, וא"ל דהא כיון דהישמעאל הקנה לאחר כלות זמן הראשון, וכל קנין לאחר ל' קי"ל כר"י [קידושין נ"ט] דיכול לחזור מקודם משום דאתי דיבור ומבטל דיבור, וכיון דכל מה שנעשה הפקר, הוא מקינו שהקנה להישראל, והישראל א"ק בכספא לחוד, וכי היכי דיכול לחזור מקינו ה"נ דנתבטל ההפקר בחזרתו, וכיון דכן נימא דבמה שמוסר השטר במשך השכירות הראשון דזה גופיה הוי חזרה מן ההפקר, וממילא דזכה בשכירות מחמת שטר, [והא דאיתא בהפוסקים דשטר גם קודם חזקת השני ל"מ זהו היכא שהקנה לו מעכשיו דא"י לחזור], אבל באמת ז"א, דהא המוכר אינו חוזר מקנין הראשון שמכר בכסף, ואדרבה החזיק מכירתו הראשונה ונתן לו שטר, ומהפקר לבד א"י לחזור, דהוא לא הפקירו רק ממילא נעשה הפקר, רק מהקנין יכול לחזור כיון שהוא לאחר זמן, ואם בפירוש חוזר מקינו הראשון והקנה לו עכשיו מחדש בשטר, י"ל דמהני, אבל במסר לו השטר בסתמא כנהוג, אזי לא בטל ההפקר ול"מ שטרו, ועיין גיטין [ל"ד] דהיכא דלקיומא תנאו בעי ל"ה ג"ד, הרי דהגם דבין כך וכך מבטל הגט, מ"מ כיון דהוא בתורת קיום תנאי בא, [וקיום תנאי ל"ה], ואפ"ה אינו ג"ד שמבטל הגט [כיון דאינו קיום התנאי] למען יהיה כרצונו שתשאר אשתו, מכ"ש הכא דלקיים מקחו נתן לו השטר, דל"א דמסתמא בוודאי חזר מקינו הראשון, דאל"כ אינו מועיל בשטר כלל, הלא מ"מ חזינן לפנינו להיפך, שעמד בקינו הראשון ובפרט דהמשכיר א"י מכל זה שנעשה הפקר :

[וגוף דברי המל"מ ק"ל להבין, דגם אם לא השכירו מקודם לאחר, איך יועיל חזקתו עכשיו שיקנה לאח"ז, דהרי כלתה קנינו כמ"ש תוס' יבמות (נ"ג.) ד"ה קנויה, ופמ"ש הנתיבות (ס"ס רי"א) דבשמא אמרינן דהקנה לו זכותו מעכשיו, (דאל"כ הוי מילי דכדי, כיון שעוד שניהם יכולין לחזור) רק שלא ידור בהבית עד אחר כלות זמן הראשון, וא"כ גם בלשון המל"מ יש להעמיס כן שרצה להשכירה לדירה לאחר שיכלה זמנו של ראשון, אבל זכות השכירות יהיה לו מעכשיו] :

שם [באות הנ"ל] בראיה מב"מ, היא משיטת המלחמות ה' שם דגזילה ואבידה הוא ואבידה פתיך ביה וקנה לגמרי מטעם יאוש דאבידה, והוי כאלו בא ליד המוצא אחר יאוש, ואע"ג שהוא כיון בתורת גזילה ואפ"ה קנה בתורת יאוש דאבידה :

בסימן ע

במאי שהכריח האמו"ר המחבר זצלה"ה, מש"ס גיטין גבי פרוזבול דבכל דבר בממון אפי' להעמיד ביד המוחזק ע"כ משום הפקירא הוא דעשו חז"ל, לכאורה מבואר בהיפוך בתוס' ב"ב [קמ"ה:] ד"ה ה"נ, דהשיגו על הרשב"ם דפירש דשנים במקושר הטילו עליו חכמים פסולא דאורייתא, דלא גבי מבני חרי, [וברשב"ם שלפנינו כתוב רק דאינו טורף ממשעבדי וכן עמד בזה גם' שאילת שלום פ' יתרו אות ס"ד], וכתבו בתוס' דאפי' כי הוי פסולא דרבנן לא היה גובה מבני חרי, הרי דרק משום תקנת חכמים בלבד די שנפסול את המקושר בשני עדים, ומשמע מלשונם דלא משום הפקירא, רק תקנת חכמים לבד דאל"כ מה פליגי על רשב"ם, ויש לחלק דבוודאי אם אין הנידון בין אמת ושקר ואין שום ספק במקרה ומדאורייתא ממון של המוחזק או של המוציא כגון גבי ירושת הבעל ובפרוזבול [או באבק רבית שכתוב לעיל בפנים (סי' פ"ו אות ו') יעו"ש, דרבנן זיכו בא"ר ללוה וע"כ משום הפקר הוא, והיכא דהתירו א"ר כגון ביתומים ג"כ משום הפקר ב"ד] אין כח ביד חכמים לשנות רק משום הפקירא, אבל בשטרא דכל הבירור שחייב לו הוא מכח השטר, וכיון דחז"ל פסלו זה השטר, ואמרו דאין לזה דין שטר והוי מפי כתבם [וכמ"ש הרא"ש שם בשם הר"י בע"א בכתב ולזה יש לאל ידם], דעוד לא הוי לגבי ממון רק לסלק הראיה שלו, וממילא דאינו גובה א"כ, וכעין זה כתבו בתוס' חולין [נ"ו] סד"ה פלגיא, דלהכי מחזירין שטר בסימנים הגם דממון אין מוציאין בסימנים, משום דבשטר אין א' מהן מוחזק ולכן מהדרינן השטר, וממילא דנגרר מזה א"כ דמוציאין ע"י השטר, והה"ד לפסול השטר מתק"ח בלבד [ובפרט דחזינן דאין זה הפקעת ממון, דהא הכובש עדותו פטור מדיני אדם (ב"ק נ"ו וש"ע סי' כ"ח), דגם גרמי ל"ה רק גרמא, ומכש"כ למי שבידו כח להזיק לחבירו ואינו מניח לעדים להעיד דפטיר, לכן יש יכולת ביד החכמים לפסול עדותן מתקנתן בלבד], ועיין בשאילתות דר"א פ' יתרו [סי' נ"ה] מובא ברא"ש שם, דבשניהם, בע"א בשטר, ובמקושר בשנים, הם פסולים דאורייתא, ואפי' תפס מפקינן מיניה וכן גרס הבעה"ת [שער ע' ריש ח"א] בשאילתות, [מובא במפרשיו שם] ומשמע הא אי הוי רק פסול מדרבנן מהני תפיסה, וכ"כ הרשב"א שבועות [ל"א] גבי משחק בקוביא או בשאר פסולי עדות מדרבנן דמהני תפיסה בעדותם, [ומפשטות לשונו משמע וכן נקטו האחרונים בשיטתו דגם קודם תפיסה מחוייב קרבן שבועה משום דיכול לתפוס], ועפ"י הנ"ל מובן הטעם היטב דהיכא דלא עשו חז"ל מכחא דהפקירא רק משום תקנתם בלבד, והיכולת שיש בידם לזה הוא משום דסילקו הראיה והעדות שלו, וממילא דלא גבי, אבל אם כבר תפס, דמיד הנידון הוא להוציא מהמוחזק בכי האי י"ל דהוי כעין קום ועשה, ומוקמינן אדאורייתא :

באות ב ד כ' לתרץ דברי הרמב"ם עפ"י יסוד חדש בתקנת חכמים דמעות א"ק, ובדרך הזה נכונים פסקי הרמב"ם מכל הקושיות, דבמעילה מסתמא עכשיו חוזר כדי שלא ימעול, ע"כ הופקע הקנין מה"ת דמתחלה דעתו כן היה עפ"י רצון חז"ל, [והנה במה שפסק הרמב"ם בהלכות מעילה שם בנתן פרוטה לנכרי על חפץ מעל, ע"כ הטעם כמ"ש המפרשים משום דפסק (בפ"א מה' זכי' ה' י"ד) דישראל לעכו"ם או עכו"ם לישראל מועיל או כסף או משיכה, אבל זה גופיה טעמא בעי דלמה לא הפקיעו חכמים קנין מעות כמו בישראל מישראל, ולמ"ש בפנים נקל עלינו להבין כיון דחכמים תקנו רק שיהיה מאליו חוזר בכח, וממילא כל א' עשה כרצון חכמים, וזהו בישראל אבל הוא אינו מקושר בתקנת חכמים, ואם כי הלוקח כך כוונתו, הדר אמרינן

אמרינן דהו"ל לאתנויי, ודמי לדברי תוס' כתובות (מ"ז) תד"ה שלא, דבלוקח חפץ ואירע אונס דל"א אדעתא דהכי ל"ק משום דאיכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לדעתו], אבל בתרומה תמיד מספ"ל אם יקום או יופר הקנין, ואפי' בדרבנן חיישינן לכך [כמו בהר"ן גיטך שעה א' קודם מיתה דאסורה בתרומה מיד, וכן שתה הרמב"ם (פ"ט מה"ת) ס"מ דגם בזה"ז איירי, וכ"כ השעה"מ (פ"ד מה' סוכה סד"ה ועוד נלאה לי), ויותר מזה איתא במ"מ (פ"ד מה' חמץ ומצה ה"ה) בנכרי שהלוה לישראל ע"ח והרהינו ואמר מעכשיו והגיע זמנו לאחה"פ, דפשיטא ליה דעד שהגיע זמנו אסור גם לאחה"פ, והגם דאיכא רק סד"ר וכמה הקילו חז"ל בחמץ בש"ע הפסח, וגם מסתמא לא יעשה ישראל מעשה ולהפסיד ממונו ויעבור על ב"י למפרע, אפ"ה לכתחלה אסור, משום שאינו ביד הכהנה רק ביד הליה לחודיה הדבר תלוי, ומשמע דגם הלוה אסור ליהנות משום דבתנאי לא מזדהיר אפילו בתנאי דשב ואל תעשה, כמו שהוכיח הרמב"ן גיטין (פ"ג) ממתני' דאי את נהנית לי עד החג אם תלכי לבית אביך עד הפסח, ובגע ע"ת דשוא"ת מותרת ליהנות לכ"ע מפרש הרמב"ן דמשום חומר ערוה דהחמרת עליה בסופה מזהר זהירא]:

באות ה מ"ש דסעיקר כירושלמי, כ"כ המל"מ (פ"ה מה"א ה"ז תד"ה הכלל העולה) דבהאי קי"ל כירושלמי, ובש"ע (סי' כ"ח סעיף כ"ב) פסקינן דהוי ס"ק, איפשר דרק משום חומר ערוה [וק"ק על המל"מ דגם בקידושין החליט כירושלמי להקל] עכ"פ בשיטת הרמב"ם נוכל לומר כן, דס"ל כרוב הפוסקים דהמעות גזל, והגם דהמל"מ כתב שם דבמום במקח אין המעות גזל והוכיח כן מרמב"ם [ועפי"ז נסתלק הכרעת בעל אבני מלואים (ס"ס כ"ח) דהמעות הלואה גבי דמי א"ס, מש"ע חו"מ (סי' רכ"ב) גבי מום במקח, דשאני התם דאיירי רק במום ולא בא"ס], התם הטעם משום שהמקח יש לו דמים רק שהוא פחות ממה שפסק משא"כ בכ"ד בהמום הוא בשביל שחבירו חוזר ממקח לגמרי, ובהיתר כלי מ"מ אזי אין לו כלום במקחו ודמי לא"ס:

באות ו קושיא על תוס"כ להרשב"א דבהקדיש מעות בסתמא נעשה לוה [והוא דלא כדעת התוס' מס' עכו"ם, והגיע לידי ס' עטרת חכמים וראיתי שכ"כ בחלק חו"מ (סי' ע"ו) דהרשב"א חולק על תוס' בזה, ודלא כחת"ס בשיטת התוס'] מסוגיין בב"מ, וכן הוכיחו תוס' שם (מ"ג) לרב הונא, וכאן ל"ש מ"ש לעיל (באות ה'), דהתם קאי לדעת הפוסקים דההיתר תשמיש במעות, משום דהחכמים לא הפקיעו הקנין מהמוכר שיש לו על הדמים, וכיון דהוי מום נתבטל ממילא ההיתר תשמיש שלו, משא"כ לשיטת הרשב"א בתס"כ דבנתן מעות על קנין אפי' אי מעות ל"ק כגון לעובד כוכבים נעשה לוה על המעות:

באות ז מתרץ דעת הטו"ז וש"ך עפ"י ריטב"א קידושין דלוה קונה במשיכתו רק מדרבנן [מ"ש דבהכי סבוותא איירי לתערובת משהו דרבנן, הגם דרב דהוא מרא דשמעתא שם ס"ל מב"מ במשהו מה"ת, מ"מ הוי רק דרבנן משום דהתם ייגש מותר מה"ת, ורק לעדופי מילתא בדברי תה"ב כתב הטעם אשר הוא לדידן, ואיסור משהו מדרבנן קל מאד דבדיעבד מותר למכור חוץ מא"ס שנו, (ועי' מה שכתבנו לקמן בס"ס שאח"ז לבאר דברי תה"ב) ולר"ה דס"ל מדאורייתא הלוה קונה מוקי לברייתא דקתני לא מעל בנכרי, וכר"מ דמלוה ברשות בעלים לחזרה (קידושין מ"ז), וממשנה דמעילה שפיר מקשה הש"ס ס"פ המפקיד דהתם נשנה בפירוש כ' יהודה, ומהיכא תיתי נאמר דגם ר"י סובר בזה כר"מ דמלוה ברשות בעלים לחזרה כיון דלאו הלכתא הכי, ועוד דת"ק דר"מ בקידושין דמלוה ברשות בעלים לאו לחזרה סתמא תני ליה, וכר פלוגתא דר"מ היא ר"י כמ"ש תוס' כתובות נ"ו ד"ה ואם, (ועיין בתומים ס"ס ע"ב בזה)]:

באות ח מ"ש במעות מותרין אם נעשה לוה למפרע, ע' בתשובת הרא"ש (כלל נ"ה ס"א בסד"ה אלה), וז"ל או במעות מותרין דמשעה שהפקידם כמו שהלוהו דמי, משמע דאם רצונו להשתמש נעשה לוה למפרע, עוד הם כתב לספק בגילוי דעת כזה אי מהני בשאר דברים, חוץ מגט, וע' בזי"ר ח"ר (ד' קס"ח) מ"ש בזה:

באות ט קושיא בתוס' מס' עכו"ם דל"ל משיכה וחצר הלא חצר לבד קונה ולמה לא סגי בשהקנה לו המקום שהבהמה עומדת בתוכו ויקנה מחמת חצר, ותירץ דקאי היכא דמקני לו חלק בעובר ודמי לכליו ש"מ בר"ל, ואפילו אי התם קונה, מ"מ זהו בכלי אבל לא בע"ח כמ"ש תוס' ב"ב (פ"ו) תד"ה ומדכליו, ולכאורה קשה דעובר א"י להקנות דהוי דשלבל"ע וכמ"ש תוס' בכורות (ג') אלא דמקנה לו בהמה לעוברה, וממילא ל"ד לכליו ש"מ בר"ל, ואולי תוס' דהכא ס"ל דעובר ל"ה דשלבל"ע, ובקצוה"ח (רסי' ר"ט) יחס סברא זאת בשיטת התוס' תמורה, וכן משמע מדכתבו כאן דיקנה לו חלק בעובר אם היא מעוברת, ומה נפ"מ בזה הלא גם אם עוד אינה מעוברת מ"מ מהני קניית האם לעוברה, אלא מוכח דס"ל דקניית עובר לחוד ג"כ מהני, לכן בעינן דהוכר עוברה, ולפ"ז מדוקדק היטב לשון הש"ע יו"ד (סי' ש"כ ס"ו) דכיון דכתב דמקנה לו החלק באם או לקנות האם לעוברה לכן די בהקנה לו הישראל את המקום שהבהמה עומדת ול"ב משיכה ולא הוי כליו של מוכר בר"ל כהנ"ל:

[ובעמדי בענין זה אמרתי פ"ד רש"י מובא בתוס' מס' עכו"ם (ע"א:) דלהכי בפחות מש"פ לא ניתן להישבון משום דקלב"מ, ובתוס' שם הקשו דא"כ אפילו ש"פ נמי, ונראה לתרץ דאיתא בש"ס מכות (י"ד ע"א) דלכך חייבי כריתות אינם פטורים ממלקות משום דלא פסיקא מילתא לכרת דאם עשה תשובה ב"ד של מעלה מוחלין לו, והה"ד ב"נ לא מיפטר משום דלא פסיקא ליה לעונשו, אפילו במיתת ב"ד, ועי' ברמב"ם (פ"י מה' מלכים ה"ד), ומקורו מש"ס סנהדרין (דף ע"א) כמ"ש בכ"מ שם, וזהו בש"פ, דממיתה יהא פטור וממון יתחייב, משא"כ בפחות מש"פ, דממנ"פ אם דנין כהשתא, פטור מתשלומין דקלב"מ, ואם דנין כאשר יהיה אח"כ גם ממון יהא פטור, דלגבי ישראל הוי מחילה, וע' בתוס' במס' עכו"ם (ס"ד:) ד"ה איזהו וכו' דכ"ז שלא דנוהו ב"ד אינו חייב מיתה, ובהגה"ה אחרי שם (פ' השוכר את הפועל סי' ה) כ' דאסור להורגו עי"ש, ולפ"ז יעמוד קושי' תוס' הנ"ל על רש"י בלאחר גמ"ד עכ"מ]:

בסימן עא מה שכתב בטעם אם הקנה לו חצירו בשטר והשטר מונח בחצירו דל"ק [ועמ"ש בליקוטי הגהות והערות ע"ד קצוה"ח סי' ר'], וגם לשיטת הראב"ד מובא ברשב"א פ"ב דגיטין דבגט יכול לשייר הפירות לעצמו, זהו מלד שיורו, אבל עלם הגט מחייב שיהיה הפירות של האשה, וכעין סברא זאת כתב הריטב"א קידושין (מ"ז) ד"ה הא בטעם דהנותן כלי לפירות דקנה במשיכה ע"ש:

שם פילפל בזה ליישב שיטת רשב"ם מקושיית תוס' ועודני לריך לבאר קלת דברי אאמ"ו זללה"ה, וזהו דהא אמרינן כש"ל בר"מ ל"ק ובד"א קאי על מדה של אחד מהם, ע"ז תני דברשות המוכר ל"ק כליו ש"ל [דכליו ש"מ פשיטא דהא אפי' בסימטא אינו קונה, ולא איצטריך למיתני] וכיון דכן, שוה רשות מוכר לרשות המופקדין דבשניהם מהני קבלה כה"ג, משום דכליו קונים לו החלר, [אבל לדעת התוס' דע"י דיבורו לחוד יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים א"כ ל"ד קבלת המוכר ברשותו לרשות המופקדין דבנפקד אם אמר שחצירו יזכה ללוקח קונה, משא"כ ברשות מוכר, אף דבכליו של לוקח ברש"מ לא בעינן שיקנה רשותו של מוכר, רק נתינת רשות בלבד סגי, כמ"ש תוס' שם ד"ה כגון, זהו אם כליו קונים לו אבל אם אמר המוכר שחצירו יקנה לו בוודאי ל"ק, וכ"כ בפנים בקיצור דברשות מוכר בוודאי ל"מ כה"ג], ואי אמרינן כליו ש"ל בר"מ קני, קאי הבד"א על מדה שאינה ש"ש וכ"מ מרשב"ם (פ"ז) במשנה ד"ה עד שלא נתמלאה, דבמדה שאינה ש"ש מחלקינן בין נתמלאה דווקא בסימטא יעו"ש, וברשות המופקדין מהני קיבל עליו בפני בעל המדה, ובכזה מהני גם ברשות המוכר וכמ"ש בפנים ברחבה, ותוס' לא ס"ל לחלק במדה שש"ש בין סימטא או רשות מוכר או לוקח, וכמו שסיימו בסד"ה ארבע, דד' מדות קתני ואחד מהן מדת סירסור, ומשמע דאין חילוק בזה בין רשות מוכר או לוקח, ע"כ הקשו שפיר על הרשב"ם:

מ"ש בפנים [באות ה] דלר"י גם חצר ושאר קניים אינו קונה מה"ת במקח וממכר רק כסף יש להביא ראיה לזה מש"ס דעכו"ם (ע"א) דפריך אי משיכה בעובד כוכבים קונה כי מטא לאוירא דמנא קניי' ופרש"י שם דקונה מטעם הגבהה, ועוד הקשה הש"ס דתיקני ליה כליו, וכליו מטעם חצר, כמ"ש השמ"ק ב"מ [והוכיחו האחרונים מזה דגם עכו"ם קונה בחצר ול"א דלא יקנה כיון דאין שליחות לעובד כוכבים רק משום דחצר המשתמרת בדבר שזכות הוא לו קונה מטעם יד אריכתא] ואפ"ה אי משיכה אינו קונה בעכו"ם ניחא, [וא"ל משום דאי משיכה בעכו"ם א"ק מוקמינן בדכייל ורמי למנא דישראל, דאם כן היה כוונת המקשה הו"ל למימר אי הכי, ומדלא קאמר הכי ש"מ דאי משיכה א"ק גם אי מיירי במנא דעכו"ם ניחא], הרי דגם חצר והגבהה אינו קונה, והס"ד לדידן בישראל, ועוד ראיה מתוס' שם תד"ה ר"א דלפוטרה מן הבכורה ורולה לחוש לדעת רש"י ור"ת לריך שיתן כסף, וגם משיכה לסימטא או לרשות שהוא שלו, הלא אם משכה לרשותו בלבד סגי גם לשיטת רש"י, דקונה מטעם חצר [וחצר קונה בעובד כוכבים כנ"ל] א"ו דלדעת רש"י דרק כסף קונה ולא משיכה הה"ד שאר קניינים [איברא למ"ש בפנים בסוף סי' הקודם נדחה ראיה זאת], וראיתי שהוכיחו האחרונים כן מקושיית הש"ס שם גבי ב"כ, ומי לא איירי דהניחו בחצירו, ומלאתי בריטב"א קידושין (כ"ה תד"ה והא דתנן) שכתב בשם הרא"ה וז"ל

ור"י

ור"י דאמר ד"ת מעות קונות וכו', עיקר התקנה משיכה וכו' אלא כיון דתקון רבנן משיכה, תקנו נמי מסירה והגבהה וכו', ומסיים ומ"מ משיכה עיקר ואב לכולם וכו' מפי מורי נר"ו עכ"ל, וכן כתב הר"ן שם, וכ"כ בס' החינוך להרא"ה ז"ל פ' בהר (מצוה של"ו) וז"ל בתוה"ד שאם היה המטלטלין ברשותו ש"ל אע"פ שנשכר אותו המקום למוכר וכו' לא יקנה במשיכה אלא בכסף כדין תורה, וכן אם הלוקח שוכר אותו המקום שהמטלטלין בו גם בענין זה לא תקנו בהם משיכה [ומכאן תימה על מ"ש הנתיבות (בסי' קצ"ו) דבעליי' של לוקח מושכרת ביד מוכר וכה"ג דקי"ל דמעות קונות, כתב דגם משיכה קונה, והרי לפנינו דעת הרא"ה ז"ל דבעליי' ש"ל מושכרת ביד מוכר או להיפוך, כיון דמעות קונה בהם, ע"כ לא תקנו חז"ל בזה כלל, והניחו הדבר על דין תורה ומעות קונה ולא משיכה, ויש לתרץ ואכ"מ] ומסירה והגבהה עכ"ל החינוך שם, הרי מפורש יוצא מדברי רבותינו הראשונים דגם הגבהה קונה רק מדרבנן, והס"ד אלר דהוי רק מטעם ידו, וכ"כ בנ"י בתחילת סוגיא זאת דכליו מטעם משיכה קונה, וכ"כ בד"ה מדה ד' דחלר כמשיכה דמי, ומשמע ג"כ דקונה רק מדרבנן, וכן ברמב"ם (רפ"ג מה' מכירה) משמע מלשונו הזהב כן, אך ראיתי להרי"ט אלגאזי בכורות (פ"ב אות י"ז) דמביא ד' רש"י בכורות (י"ג) ד"ה כלל כלל לא, עד שתבוא לרשותו של ישראל לא קני, דמשמע להיפוך :

[ויש להעיר בזה דבאיבעיא בכליו ש"ל ברשות מוכר, או להיפוך, ולדעת כמה פוסקים לא נפשטה האיבעיא, מ"מ לא יועיל תפיסה, משום דהוי ספק בתקנה דמה"ת כליו אינם קונים כלל, וכמ"ש המ"מ (פ"ד מה' גזילה ה"ז) גבי שכירו ולקיטו, דל"מ תפיסה כמו בכל ס' מחמת איבעיא, משום דהוי ס' בתקנת נגזל, ועיין במל"מ (פ' כ"א מה' מלוה ה"א סד"ה ועיד יש לחקור), וה"נ טוען שמא, (ואולי משום דנפ"מ היכא דכליו קונה מה"ת כגון גבי מתנה וגט), ויש לחלק דע"כ לא אידם המ"מ רק היכא שחז"ל הפקיעו ממונו ע"י תקנתם בע"כ של הבע"ד, כגון בתקנת נגזל וכן בגיונא דמיירי המל"מ שם, לכן אמרינן דלא הפקיעו רק היכא שנמלא בהדיא תקנתם אבל היכא דמספקא לן אמרינן דלא הפקיעו, משא"כ גבי קנין שנעשה ברילוי שניהם רק תקנת חז"ל היה שיהיה קנין, בזה לא שמענו לחלק בספיקא דתקנתא, אחרי כתבי זאת ראיתי בספר המספם (סי' קנ"ח סק"ג) שהק' על המ"מ מכור בל' ס"ב דראשון ראשון קנה מספיקא, דילמא תפוס לשון אחרון, הא מה"ת אין כליו קונה כהנ"ל והוי ס' בתקנתא, ופי"ש מה שתירץ משום דהוי ס' בליסנא, וזה ל"ש בכליו ש"מ כנ"ל, אבל תירוצו השני שם, משום דמלוה הוי בודאי דדברים יש בהן משום מחוסרי אמנה, ודמי לדברי המל"מ גבי לאוי, שייך נמי הכא, ולמ"ש לחלק משום דנעשה ברלון שניהם, גם בכור בל' סאה בסלע, ניחא] :

באות ו כ' דהנפקד יכול לחזור כפועל, בש"ע [ר"ס רנ"ג] פסקינן דשומר א"י לחזור בתוך הזמן, אכן מבואר ברשב"א קידושין (יג. ד"ה סברא) דשומר יכול לחזור בתוך הזמן כפועל, עי"ש שנסתפק בזה, וא"כ י"ל דהרשב"ס ס"ל כלד זה דיכול לחזור · אח"כ הראיתי במח"א (הלכות שומרים סי' י"ח) שהוכיח מתוס' ב"ק דיכול לחזור ומסתברא ליה שם דשומר שכר יכול לחזור, וכ"כ בתומים (סי' ע"ד סק"ו) לחלק בין ש"ש לש"ח גם לדעת הראב"ד, וא"כ ה"כ איכא נפקותא בין קיבל עליו או שוכר את מקומו, כשהיה מקודם ש"ש, וגם כתב במח"א שם דלהראב"ד לא פסיקא ליה הדין הזה, ועוד הכא כיון דהיה במעמד המוכר ושתק, מסתמא מחל לו השיעבוד שיש לו עליו לשומרו עד זמן הקלוב ביניהם, וזה נראה עיקר כוונתו בפנים דגם לדעת הראב"ד דלא דמי שומר לפועל בזה, מ"מ כיון דשתק מסתמא אחולי אחיל ליה :

באות ט ע"ש, ויש להבין דא"כ גם בכור בל' או בכור בל' ס"ב ולא הגיע לרושם או לא מדד כלל, יהיה קונה ג"כ מחמת קנין מעות, ועוד דמה ספק איכא [בש"ס ב"מ ק"ב: ב"ב ק"ה:] אם תפוס לשון ראשון או אחרון, הא מעות קונה בכה"ג, ולפמ"ש בפנים (באות ג) דרמב"ם ס"ל כבעה"מ דבמעורבין ל"ק כליו, והס"ד מעות נמי ל"ק, אך בש"מ (מובא באות ה) מבואר דכנגד מעותיו בוודאי קנה גם במעורבים, וא"ל דהרמב"ם איירי ביתר ממעותיו, דא"כ למה הלוקח לא יוכל לחזור ע"ז היתר, כיון דהלוקח הוי מוחזק ביתר ממה שנתן, וכל התירוץ יסוב ע"ז דלשון קנה משמע דשניהם א"י לחזור, הא הלוקח יכול לומר שמא תפוס לשון ראשון, ואם פליג על סברת הש"מ, מלבד שהביא ראיה מש"ס ב"מ גבי עירבון, ועוד דא"כ יתעוררו כל קושיות הרמב"ן על בעה"מ, ועיין בפנים (באות ה) דטעמו של בעה"מ עפ"י ש"מ, אכן נראה הגם דבסימטא הלוקח יטרח ויליל מ"מ במעורבין כיון דלא יוכל הלוקח לשער אז בשעת הדליקה כמה הם פירותיו, וע"י כן יפסיד הלוקח, שיליל פחות ממקחו, או יליל יותר ממקנתו ויתמהמה בהללתם, ובעבור זה לא יוכל להליל שאר חפליו, וממילא יתרשל בהללה לגמרי, וכיון דיכול הלוקח לבא להפסד הפקיעו חכמים הקנין מעות, אבל אם מדד אפילו במדה של מוכר, כיון דידוע לו דהם שלו אז יליל בוודאי ולהכי בכור בל' דהכל הוי קנין אחד וכיון שעל מה שלא מדד לא חל הקנין מעות כהנ"ל, גם מה שמדד ל"ק, אבל בכור בל' ס"ב דהקנין הוי על כל סאה מספק דילמא תפוס לשון אחרון, לכן כל מדה שהגיע לרושם נגמר הקנין מעות ע"ז, ואם לא הגיע לרושם לא חל כלל משום דהוי קנין אחד על כל מדה עד שיגיע לרושם כמו בכור בל' על כל הכור, ומה שקשה עוד דלמה נקרא הלוקח מוחזק אם הגיע לרושם, הלא הפירות הם במדה של המוכר, גם בלא התירוץ הזה קשה זאת ע"ד הרמב"ם שם (ה"ז) בהביאו דין דכור בל' ס"ב ראשון ראשון קנה, בכליו של מוכר :

בסימן עב כ' לפרש דברי הכ"מ גבי כור בל' דמיירי במדה שאינו ש"ש, והא דכתב הרמב"ם, והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו ש"מ, הייינו שעירה מסאה שאינו ש"ש לתוך כליו כמו שמסיים שם גבי כור בל' ס"ב, או משום קודם שנתמלא כל הכור הוי הסאה של המוכר, ובפרט לפמ"ש הדרישה לפי דרכו שם, דזה קאי רק על רשות לוקח ע"ש (ס"ק י"א) :

באות ב כתב דהרמב"ם הוכיח דינו מברייתא כיון דסבירא ליה דבכליו וברשות לוקח לא קנה במעורבים כמו שהוכיח בפנים בסי' הקדום [באות ג'] מרמב"ם [ה' י"ג] וכ"כ הלח"מ שם [סוף ה"ז] בדעת הרמב"ם, אבל הלח"מ כתב, דבכור בל' ס"ב מודה הרמב"ם דל"ב מדידה, והברייתא מוקמינן בש"ס [פ"ו:] בכור בל' סאה בסלע, ועוד ק"ל ע"ד הלח"מ גופיה דהא כתב הרמב"ם שם [ה"ז] גבי כור בל' דיכול לחזור אפי' בסאה אחרונה הואיל ועדיין הפירות בכליו ולא גמר כל המדה, וכליו ש"מ וכו' הרי אם היה ברשות ובכלי לוקח קנה גם בכור בל', ועיין בסמ"ע [ס"ק פ"ו] ובנתיבות שם ול"ע :

באות ה כ' ביישוב קושיית נתיבות דבוודאי משאיל לו רשותו, אבל בכל שעה מספקא לן שמא יחזור בו, ומ"ש תוס' שמא השאיל לו רשותו אין הכוונה דע"ז הוא האיבעיא, רק איבעיא הוא אי הכלי בטל לגבי הרשות, או הרשות בטל לגבי הכלי, ואם הרשות בטל, רק דבעינן שיהיה לו רשות להניח שם כליו, ע"כ סגי כיון דעתה משאיל לו הרשות אף דשמא יחזור, [ועיין במח"א בקנין חלר סי' י'], וגם קושיית מהרש"א נכון עפ"ז, דקושיית תוס' קאי אי כליו ש"ל בר"מ ל"ק ע"כ בעינן רשות ברור, ותירלו התוס' דהתם הוי כרשות ברור :

באות ו הקשה על הרא"ש וש"פ דבמעורבין ל"ק, מש"ס חולין גבי ד' פרקים, ורא"ש ורי"ו פסקו תירוצא דש"ס כשזיכה לו ע"י אחר כמ"ש הב"י חו"מ [סי' קנ"ט], ולא הביאו דרק כשבירר לו חלקו, אבל לתירוצא דר"י שם ל"ק משום דבמעות קונה גם במעורבים כמ"ש בפנים [בסי' הקדוש באות ה'] בשם שמ"ק :

ומ"ש בפנים דלהרמב"ם גם משיכה אינו קונה במעורבים, הגם דעפ"י דברי המ"מ [ה"י] מוכח להיפוך, וכמ"ש הלח"מ [סוף ה"ז], אמנם כל אלה לפי שפירשו דטעמו של הרמב"ם [בה"ז] משום דמדד המוכר, אבל לפמ"ש בפנים [באות ב'] דטעמו רק משום דעירה א"כ אבל המדידה לבד אינו מועיל, וממילא דלא נריכין לומר דמדד דל"ק איירי בכור בל' רק משום דהיה הכלי ש"מ :

באות ז הקשה לדעת רבינו יונה מש"ס דעכו"ם [ובפרט דהתם אליבא דרב קאי ואיהו אמר כור בל' יכול לחזור] הגם כי מובא בש"מ [תד"ה רב ושמואל] בשם עליות ר"י דבמשיכה והגבהה קונה מיד אף בלא מדידה, מ"מ קשה מקו' הש"ס מחמת קניית כליו :

שם מתרץ עפ"י דברי ר"ן שבועות גבי אכליה לאיסורא והדר אכליה לתנאי', עמ"ש בזי"ר ח"ר [דף קפ"ו] בארוכות ע"ד ר"ן אלו, וכ' שם דהר"ן לא חידש רק במילתא דתליא בדידיה לבד, וגם בלאחר מודה הר"ן יעו"ש, זהו בהתנה בפירוש אבל הכא דכל הקפידא של המוכר שלא יקנה רק אחר המדידה, ידעינן רק מאומדנא, ובכה"ג דאיכא אומדנא להיפך אזי מיד שנעשה הקנין על כל פורתא קנה, ועוד יש לחלק מטם כמובן, ולפמ"ש המח"א [ריש הלכות מכירה] דהיכא דהמוכר לא הקפיד וזבין להאי ולהאי בין רב או מעט גם כשאמר

כור

כור בל׳ ראשון ראשון קנה יעו״ש, מיושב הקושי׳ שכתובה בפנים דהתם במוכרי יין איירי כפירש״י שם, וא״כ כליו קונה כל פורתא :
[ובמח״א שם הביא את דברי התה״ב לרשב״א ועיינתי שם בסוף שער ב׳ בדיני יי״נ (ומובא גם בפנים בסי׳ הקדוש) וראיתי שהקשה בסוגיא דע״ז שם דיהא אסור מטעם רוצה בקיומו משום דיכול לחזור עד שיגמור כל המדה דפסקינן כרב ושמואל בכור בל׳, ותירץ משום דבנתן מעות קונה מה שמדד לו מיהא, ולכאורה תמוהין לי דברי רבינו הרשב״א מש״ש במקומו דפריך דלא ליבעי נתינת מעות דכי משא להוירא דמנא קנייה, הלא בלא נתינת כסף, הדרא קושיית הרשב״א לדוכתיה דיוכל לחזור עד גמר המדידה, אבל ע״פ מ״ש הטעם בפנים נכון מאד, דכל החשש התם הוא רק מפני התערובות ביין שבכלי כמ״ש רש״י שם ד״ה במנא דעו״ג, רק דפירכת הש״ס הוא אליבא דרב דאוסר יין ביין בדיעבד ע״כ הוי אומדנא דמוכח שדעתו להקנות לו מעכשיו מכי משא להוירא דמנא, (וממילא גם רוצה בקיומו ליכא), דאל״כ יהא קרח מכאן ומכאן דאם יחזור יפסיד היין, ואם יקיים המקח, יהיה דמי מחירו אסור, משא״כ אליבא דידן דפסקינן בסתם יינם אפילו יין ביין כרשב״ג כדאיתא שם בש״ס (ע״ד), א״כ שני דרכים לפניו באם יקיים המקח הרי אינו נוטל דמי א״ה, וגם אם יחזור יוכל למכור חוץ מדמי א״ה לרשב״ג, רק דלכתחלה מיהא אסור, ע״כ הקשה התה״ב שפיר דאפילו ע״י נתינת המעות יהא אסור לכתחלה, דלגבי איסור לכתחלה, לא ליכא אומדנא שדעתו היה לסיפוך מכל המוכרים, שרוצים שיגמר המכר רק בגמר המדה, וכן מדויק לשון הרשב״א שהקשה דמ״מ אסור לעשות כן ולא הגדיל הקושיא גם על רב דאפילו בדיעבד אסור] :

בסימן עג

בקושיא על שיטת תוס׳ בסוגיא דת״כ, עיין במרדכי ב״מ [סי׳ רמ״א] שכתב דדעת אח״מ על החצר לבד ג״כ סגי, לתירוצא דר״פ :

שם בחידוש סברת הטעם דהא״מ דשלבל״ע משום חסרון הקונה, ואפ״ה יכול לשעבד דשלבל״ע, משום דהמשעבד הוא בעולם וחל שיעבוד הגוף עליו, וגם הלה זוכה בשעה״ג מיד כיון דהמשעבד כבר בעולם. מ״ש בפנים דר״ע בוודאי קנה רק בתורת חצר, א״ל דהא בש״ס בקידושין שם רצו לפשוט דקרקע לאחד ומטלטלין לאחר דנקנה בתורת אג״ק מר״ע, אכן דבמעשר עני ישנו שני קניינים השו״ה לר״ע וגוף המעשר לעניים [והשו״ה שקנה ר״ע ע״כ בתורת חצר דשו״ה לבד א״א לקנות באג״ק] אבל גוף המ״ע שצריך להקנות לעניים שיהיה שלהם בקנין, שהיה שנת הביעור, ע״כ בתורת אג״ק קני [דבתורת חצר א״א להם לקנות שלא היה משתמרת לדעתם ודעת אח״מ לא היה על המעשר עני כיון שאינו שלו] ושפיר בעי למיפשט דקרקע לאחד ומטלטלי לאחר נקנה באג״ק :

בסימן עד

[באות ב׳] דכל דתקנו רבנן כעין דאורייתא תקון עכ״ל, עיין בש״ס ב״ב [קמ״ט] כל היכא דאיתא בירושה איתא במתנת שכ״מ וברמב״ן שם מ״ש בשם רבותינו :

בסימן עה

מ״ש שיש לכאורה לומר בתנאי אם לא אחזור דרפויי מרפיא, זהו לשיטת רשב״ם שפירש משום דהמחזיק מספק רפוי אללו הקנין, לכן הולך בשיטתו גבי מהיום ולאח״מ דלא פירש מהיום אם לא אחזור, אבל מצאתי בעליות ר״י ובשמ״ק ב״ב [שנדפס מחדש], שפירשו משום דדעתם היה רק אם לא תהיה אשתו מעוברת, ואילו היו יודעין שאשתו מעוברת לא היו מחזיקין [ולא עלה במחשבתם שתפיל כי רוב אינן מפילות] וכיון שנמצא שהיתה אשתו מעוברת נתבטלה חזקתן שע״ד כן לא החזיקו, מיהו אם החזיקו בפירוש שמועיל להם החזקה אם תפיל אשתו אע״פ שחזרו בנתיים מהני חזקתן יעו״ש, ממילא במתנה שהחזיקו ע״ת של נותן אם לא יחזור שפיר מהני חזקתן, והס״ד בהפקר כה״ג :

באות ב מ״ש ראיה מאביי, הא כי י״ל דאביי לא ס״ל הך סברא דרבא דרפויי מרפיא, דאיהו תירץ משום דירושה הבאה מאליה [וכמ״ש בזי״ר ח״ר באו״ח ה״ח], מ״מ יקשה לדעת ר״י ושאר פוסקים כאביי דעבהז״ל כמבואר בחו״מ [סי׳ ל״ע סי״ג] בסמ״ע וש״ך שם, ובזה בוודאי ס״ל כרבא דהלכה כמותו לגבי אביי, ועוד הוא כמטרה לעומת דברי חכמי בבל, שרצו להעמיס בשיטת רש״י ורשב״ם, דמש״ה לא פירשו כר״ת משום דרפויי מרפיא, והלא התם הוא בתירוצא דאביי דאמר איזהו מתנת בריא שהוא כמתנת שכ״מ, וע״כ לדבריהם דגם אביי ס״ל כרבא בסברא דרפויי מרפיא, לכן הקשה שפיר מאביי דס״ל עבהז״ל :

שם [בסוף האות] בראייתו מיכיר דבכור קטן מה איכא למימר, זה הוא להחולקים על הראב״ד [פ׳ כ״ט מה׳ מכירה ה׳ י״א] וסוברים דגם בדאח״מ קטן ל״ל חצר, עי״ש במ״מ, [והגם דכשיגדיל בוודאי יקנה לו אחיו, דל״מ לדעת רש״י יבמות (מובא במל״מ פ״ד מה׳ אישות ה״ז) דמהני קידושי קטן לאחר שיגדיל, משום דמחוסר זמן לא הוי דשלבל״ע, ואפילו לדעת תוס׳ שם מ״מ הכא ל״ה דשלבל״ע, כיון דיוכל להקנות לו מנכסיו, במשיכה ובשודר, רק שאינו רוצה, כמ״ש בפנים, מ״מ אם נכסיו הוא קטן שוב ל״ל מיגו, דמי יודע מה ילד יום, אולי יפטר מהעולם בעוד בנו קטן] משא״כ אם מקנה לו מהיום ע״ת גם קטן זוכה בדאח״מ מן התורה לדעת כמה פוסקים, ויוכל להקנות לו הקרקעות בשטר ובחזקה ובק״ס והמטלטלין בק״ס לבד [והא דמבואר בש״ע (סי׳ רל״ה ס״ו) דל״מ ק״ס בקטן, זהו לפי דינא דרבנן כמ״ש הסמ״ע והנתיבות שם, אבל הכא אקרא קיימינן] כיון דמהני גם בשודר של אחרים, וכמ״ש בקצוה״ח [סי׳ קכ״ג] דלאו משום שליחות הוא, דבשודר שלו הלא א״י להקנות, וממילא דאינו קונה, וכמ״ש המ״מ [ריש פכ״ט מה׳ מכירה] דלהכי אין הקטן קונה במקח מן התורה מפני שא״י להקנות את הכסף :

בסימן עו

מביא ראיה מש״ס עכו״ם גבי חנוני המקיפו, דאייתו הוא מלשון רש״י שם, אבל הרשב״א גיטין [י״ג] תד״ה אמר אמימר כתב דלאו מדינא קאמר דאין אדם זוכה בשלו לאחרים, רק דלב ב״ד מתנה עליהם :

באות ב מביא ראיה מב״ק גבי רב יוסף, אין להשיב הלא העובדא היתה בפומבדיתא שהיו גבאי עניים, כפירש״י שם, ואיכהו מיקן קיץ להו, כמבואר בש״ס ס״פ החובל, דזהו על ההכנסה שנתנו בני העיר בקביעות, ליתן לעניים מזה בקלבה, משא״כ מה שנדר אחד במקרה, בוודאי היה השו״ה שלו :

באות ה מש״כ דרש״י סובר דמן הדין גובה מיתמי ולקוחות אפי׳ ממטלטלי רק משום דלא סמכא דעתו של מלוה עליהם, כוונתו מבואר, דרש״י כתב דאי ירתי קרקע משתעבד מדין ערב, משמע אפי׳ בקרקעות שקנה אחר הלוואה איכא ערבות היכא דס״ד עליהם, וגם במטלטלי אפי׳ קנה אחר הלוואה הוי ערבות אי ס״ד, וברשב״א סוף מס׳ קידושין מבואר כן בפירוש [וז״ל שם והיכא דלא גבי בע״ח ממטלטלי דיתמי אינו תורה וכו׳ משום דשיעבוד נכסיו ואפילו שיעבוד מטלטלי נגרר אחר שיעבוד גופו וכו׳ רק משום דלאו עיקר אסמכתינהו אמטלטלי ומיהו היכא דשיעבד לו בפירוש מטלטלי גבי ואפילו מיתמי, הרי דשיעבוד נכסי נגרר ממילא אחר שה״ג, וע״כ אם כתב דאיקני משועבד], וכן במס׳ ב״ק [דף י״ד], למ״ד שיעבודא דאורייתא, ורש״י הכ״ל פי׳ אליבא דר״פ דס״ל ש״ד כמ״ש הרי״ף ב״ב בסוגיא דש״ד, ור״ה בריה דר״י ג״כ ס״ל ש״ד כמ״ש הריטב״א קידושין [י״ג: תד״ה ועוד], והא דהביא רש״י הפסוק דוהאיש אשר אתה נושה בו, הוא בשיטת תוס׳ ב״ב [קע״ה] סד״ה דבר :

בסימן עז

ברא״ה מש״ס אם הראשון ראוי ליורשו וכו׳, ולפמ״ש לקמן [באות ח׳] יעו״ש יש להשיב כיון דקי״ל כל האומר אחריך לאו כאומר מעכשיו [בסי׳ רמ״ח ס״ז], אבל לכוונה זו רשמתי בפנים את מראה מקום של הראיה מש״ס דף קל״ג [ולא מדקדים מיניה בדף קכ״ט] ושם אזלא אליבא דר״ה, דלדידיה אמרינן דנוטלן משום ירושה וירושה אין לה״פ, וראשון קנה, והא איהו ס״ל [בדף קכ״ה] דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי :

באות ד כ׳ דבמכרו כשהם גדולים המקח קיים משום דהלוקח לא עביד איסורא וכו׳, והא דבמקח הנעשה באיסור המקח מהני, אפילו באיסור דאורייתא ושייכם עשו איסור, התם הגם דקנין מועיל מ״מ מחויבים לתקן האיסור דהיינו אם קנה במחיר רבית קצוצה [ב״מ ס״ה] דאפי׳ אביי דס״ל גלימא לא מפקינן פירש״י שם דקצוצת הרבית יחזיר לבעליו, והס״ד לרבא בדבר שאינו מסוים וכ״מ בסי׳ ר״ח ובסמ״ע סק״ו [ובשבת אם נעשה קנין המכר קיים, כמ״ש הש״כ (שם ס״ק ב׳) או משום דיומא קא גריס] אבל כאן אנו דנין היכא דלא נתקן האיסור, במכרו בנכסים מועטים, או בהערמת רבית, אם יהיה הדין דהלוה מחוייב לתת לו, או אם המתנת שכ״מ יועיל לבטל זכות אחריך :

שם דהטעם גבי משכ״מ באחריך, או בפעוטות בנכסים מועטים דל״מ, משום דהם קודמים, לכאורה קשה דל״ל להר״ן ליתן הטעם משום דאסור למכור, ת״ל משום דזכות הבנות קודם, אך, בכל מקום אמרינן דזכות לוקח מכח מוכר קאתי, ואי רשאים הבנים למכור יש להם הזכות מיד במות אביהם, וגם במתנת שכ״מ גבי אחריך, הוי אמרינן כן [ועוד הוא קודם, דאחריך אינו זוכה אלא בגמר

מיתה

מיתה] וכיון דהלוקח זכה מכחו דמוכר, הוי כאילו איהו קדיש, או בבת אחת עם הבנות, והשתא דתקון רבנן דלא ימכרו [וכל זכות הלוקח מחמת שעבר ומכר] קנסו רבנן דלא נחשוב זכותו רק מעת חלות המתנה, וממילא דל"מ המתנת שכ"מ באחריך, והמכירה גבי נכסים מועטים, שאחריך והבנות קודמין. ועפ"י פירוש זה בתשובת הר"ן יש להעיר במ"ש בסי' ס"ו סעי' כ"ג בקטן שמחל שט"ח שמכר אביו:

באות ה מש"כ בדברי הסמ"ע לע"ק מדברי תשוב' רשב"א מובא בש"ע [סי' רי"ד] ובסמ"ע שם [ס"ק כ"ו] ובב"י שם מביא בשם הרשב"א שנסתפק בזה, ואולי מיירי בסתמא היכא דלא מכר מקודם לאחר, נשאר זכות דבר שיש בו ממש אללו, ועי' בזה בביאורי הגר"א זלוקללה"ה [סי' ר"ש ס"ק כ"ז]:

באות ו ברא"ה מרמב"ם דס"ל כדעה שניה במרדכי, יש להקשות דילמא פסקינן בש"ע כרבינו שמחה, דהמטבע ל"ק [כמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ג ס"ק י"ט] נגד דעת הרמב"ם, אמנם למ"ש בפנים לסתור הראיה להב"י גבי חופש לבע"ח, מדברי רמב"ם אלו, הה"ד שאין להוכיח נגד רבינו שמחה, דגבי פלוני רבע שורי הוי מקושר זה בזה, משא"כ במטבע ומטלטלי, אך כל הראיה הוא דלא ס"ל כדעה ראשונה שבמרדכי, דהא נאמר באינן מקושרין דהביטול גורר את הקיום מכ"ש במקושרים, וכמ"ש [באות ז]. [לפמש"כ בפנים ברמב"ם (הל' מעילה), אפ"ל בזה קושי' מהרי"ט דהא גם בש"י וטביחה יש שלד"ע, דהרמב"ם לא נחית כאן למיחשב מגיגא דיש שלד"ע, רק כוונתו דמחמת דחידוש הוא ע"כ ל"א מיגו]:

ומ"ש [בסוף אות ז'] הראיה מע"מ שאין לך עלי שכו"ע, עיין במל"מ [פ"ו מה' אישות ה"י] דבירושלמי ב"מ מבואר דגם על העונה תנאו קיים, וזהו משום דיכולה למחול ע"ז כיון דהנאת הגוף הוא:

באות ט על מש"כ להכריח דגם לדעה שניה שבמרדכי דאליבא דרבא מודו דל"א מיגו לקיים, לכאורה קשה מפלוני רבע שורי דלדידהו בע"כ אמרינן דהעדות קיים ג"כ על השור, והתם רבא הוא דקאמר אין אדם קרוב אצל ממונו, ולפמ"ש בפנים (באות ז) ניחא, די"ל דפירשו דבעל גם לגבי עצמו, ובעדות שאני, אבל זה קשה לי, דרש"י דפירש גבי שותפין שגנבו שגנב לדעתו ולדעת חבירו ומזה מוכח כדעתם, והתם רבא הוא דקאמר הכי, ועיין בש"מ שם שכ' דאפשר דגרסינן רבה, ועוד אפ"ל דרש"י פירש רק אליבא דידן וראיית רבא נכונה גם אם נימא כפירוש תוס' דשניהם הגביהו, ובזה מיושב קצת קושיית קלוה"ח סי' שמ"ח ס"ק ג' על רש"י ב"ק ע"ח, [ועיין מ"ש בפנים בזה באות ו] דהתם קאי הסו"ע אליבא דרבא ור"כ רבו, דמסתמא בחדא שיטתא קיימי ע"כ גילה רש"י לנו את זאת, דאליבייהו אין הדין כן, משום דלית להו גרירה לקיים, לכן לשיטתייהו חייב רק בטביחה בשותף שטבח לדעת חבירו משום דיש שלד"ע, אבל לא בגנבה שגנב לעצמו ולחבירו:

בסימן עח

מש"כ (באות ג) בשם הר"י מיגאש המובא ברמב"ן דבירושה דממילא יש לו הפסק גבי האומר תנו שקל לבני בשבת, ולכאורה משמע התם להיפוך שכתב וכ"ש היכא דלא אקני ליה מידי וכו' אלא שבקא למילתא סתם, ויש לחלק משום דהתם איירי באחריך, וכן מכוון לשונו שם כיון דלא אפקי' מן הירושה דהא אחריך קאמר, ולשון אחריך משמע שהשני יירש מה שיירש הראשון וישאר אחריו, אכן ק' ממה שכ' שם (בדף ק"ל בשער הרביעי) בתה"ד וכ"ש היכא דשבקא למילתא סתם וכו' דודאי כיון דשבק למילתא סתם ולא אפקיה מן הירושה [כן הובא בשמ"ק בשמו] הא נפלה ליה ירושה ממילא ואילה"פ, הרי דגם בירושה דממילא אמרינן אילה"פ, אבל, א"כ היאך תירץ הר"י מיגאש הקושיא מתנו שקל כיון דאחרים לא זכו רק לאחר מיתת בנו והנכסים הוי ממילא לבנו בחייו, והרמב"ן מספקא ליה בדין זה בחידושיו (קכ"ט:) ומש"ה כתב בפנים בשיטתו דגם בירושה ממילא אין לה"פ דמספיקא אין מוציאין מיד היורש, אולם בשמ"ק שם (קכ"ט סד"ה שאין) הביא בשם הרשב"א דבירושה ממילא י"ל הפסק, ותשובת רשב"א המובא בב"י ג"כ הכי ס"ל, שוב מצאתי בתשובת ה"ר בצלאל אשכנזי (סי' ל"ג) שהוכיח מהר"י מיגאש כהנ"ל, ומ"ש ראיה דגם הרמב"ם ס"ל כן כבר יישבה בפנים סוף אות ז' [ויש לעמוד בדברי התשובה שמ"ק שכ' דלא שבקינן פשיטותייהו דהני רבוותא מפני ספיקו של הרמב"ן, ז"ל ה"ל בלא פשיטותייהו כיון דהרמב"ן מספ"ל אוקמינן בחזמ"ק דבחיי היורש היה שלו בוודאי וכדאיתא בפרק מי שמת (קנ"ח) גבי נכסים הנכנסים והיוצאים שמה דמחזקינן יורשים בחזקתה, והגם דלאו נולד הספק אם יהיה של השני אחר מות הראשון, מ"מ הוי חזמ"ק, ויותר מזה מבואר ברא"ש פ"ק דב"מ (סי' ל"ב) דגם כשהראשון היה מוחזק מספק קידש השני ונודע אז מיד לנו את הספק שיתגולל מזה לשני, דהיינו בזרק ארנקי של הפקר דרך אויר שאין סופו לנוח, ואפ"ה מוקמינן בחזמ"ק של הראשון, וכ"פ בש"ע חו"מ (ס"ס רמ"ג), ועי' בתשובת רשב"א (סי' שי"א) שכתב דגבי בכור ל"מ אחזמ"ק משום דהס' מיד בשעת לידה למי הוא, ול"א כיון דכמעי אמה היה שלו, הוא משום דעובר הוי דשלב"ל ולכן לא מיקרי מוחזק על העובר וכמ"ש האחרונים, וי"ל משום דנפ"מ לענין תפיסה, או לשיטת הרשב"ם ב"ב (ל"ב:) דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזמ"ק ע' תוס' שם בד"ה והלכתא, לכן כתב דמחמת וודאי אמרינן גם בירושה ממילא אין לה"פ]:

באות ד מש"כ בדעת הרמב"ם, ראיתי בקלוה"ח (סי' רמ"ח) דאם אמר רק לא משום ירושה אלא משום מתנה י"ל הפסק, אבל בריב"ש (סי' קס"ח) מבואר בשיטת הרמב"ם שצריך שיבאר המלוה בלשונו ענין ההפסק, ודלא כהשואל שם:

ומ"ש בפנים בטעמו של הרמב"ם משום דיגא דרב אשי דבמתנה ביקש ליתנה לו, הגם דהרמב"ם לא הביא דיגא דר"א כלל, ועיין במ"מ (פ"א מה' מכירה ה"ז), זהו התם משום דמסתמא אין אדם נותן במתנה לחבירו כמבואר בכמה דוכתי ברשב"א נדרים (ל"ג) מירושלמי, משא"כ הכא דמה בלע לו אם נותן לו במתנה, או בירושה, ע"כ אמרינן דבוודאי נתן לו בירושה כדי לקיים כדינו של תורה, ועוד מעלינן דרגא דאפי' אם אמר בפירוש לא משום ירושה כוונתו בירושה וליפות כחו עשה כן, ואפשר דהראיה מרב אשי הוא גם לפסקו של הרמב"ם, כיון דמלינו כעין זה במוכר שדהו מפני רעתה לשיטת הרמב"ם דאמדינן דעתו דגם במתנה היה נותנה לו הגם דעכשיו חזינן רק שמכרה לו, ע"כ מסתברא דהכא כדי לקיים כמלוה עליו בתוה"ק, ובין כך ובין כך אינו מגיע לו מחיר הנכסים, בוודאי היה דעתו כרצון התורה:

באות ז מ"ש בפנים דהרמב"ם איירי בשאחריו היה איש אחר, לשיטת הרמב"ם אין חילוק בזה דאפילו אם שייר לעצמו של נותן יוכל הראשון למכור, וכמ"ש הה"מ (בפ' י"ב מה' זכיי' ה' י') וסיים שם ואין דינם עולה לדעת רבינו, אבל לרשב"א נוכל לומר כן, דכבר מצינו מחלוקת ראשונים בזה שם:

בסימן עט

[באות ב'] מ"ש אאמו"ר זללה"ה הטעם גבי את לאו קמודית משום דמיגו כחזקה דמי, הגם דכ' לעיל (בסי' כ"ט) דלהרבה פוסקים מיגו כעדים דמי, זהו היכא דמיגו איכה נגד חזקה, אבל נגד חזקה מיגו רק כחזקה והתם נמי דאיכא ריעותא בטענתו של המוכר דלמה אבד שטרו, וכמ"ש רמב"ן ב"ב (מ"ב) לכן מיגו שלו הוי רק כחזקה, אכן הראיה מיכיר, אזלא להפוסקים דמיגו רק כחזקה דמיא, ופלוגתא דר' ור' נתן הוא במיגו דבידו, ועי"ש (סי' כ"ט), א"כ דילמא רבנן דר"י ס"ל כר' נתן, דגם מיגו דבידו הוי כחזקה, ולכן צריך יכיר, וא"ל דהא מהדר הש"ס התם לאוקמי דברי רבנן אליבא דכ"ע, דהא מקשה מר"מ [דאדם מקנה דשלב"ל"ע] זהו משום דרבנן דר' יהודה היינו ר' מאיר, כפי' רשב"ם שם:

שם כ' דלהאמין לבן שכך אמר לו אביו במקום שאב גופיה אינו נאמן אלא במיגו, ל"א מיגו כזו, ולכאורה ק"ל מדברי הרא"ש פ"ק דגיטין (ס"ס י"ז) שכתב דאיהו גופיה נמי לא הוה מהימן מטעם מיגו, דאי הוה מהימן יתומים נמי ליהימנו שאמר להם שפרע ועשה במה שאמר תנו במיגו דאי בעי אמרי פרענו אח"כ, או ראינו שאבינו פרע אח"כ הרי דגם בכה"ג נאמנים במיגו, אולם כיון דהטעם שכתב בפנים ע"ז הוא משום דמיגו כחזקה דמי, ולרבה דס"ל דאמרינן מיגו להוציא, לדידיה מיגו כעדים דמי, וכמ"ש בפנים (בסי' כ"ט), ובעל המימרא שם באמרו יתומים חזר ואמר לנו שפרע, הוא רבה, ולדידיה הביא רא"ש ראייתו שפיר דלשיטת רבה אמריק גם מיגו כזה, נהי דנאמר דטענתו טעיתי במיגו הוא רק כחזקה, כיון דטענה גרוע היא לרבה דאלים לדידיה כח המיגו דאפי' להוציא אמרינן, גם מיגו כזה כעדים דמי, לכן הוכיח הרא"ש דטעיתי הוא טענה גרוע דאפילו איהו גופיה לא מהימן במיגו:

ובעיקר הראיה שהביא בפנים מקו' הש"ס גבי יכיר ומזה הוכיח דהכרת האב צריך להיות בפני עדים, גם כ' די"ל דגם עדים אחורי גדר לא מהני בזה, אין להשיב דא"כ עודנה קשה מאי מקשה הש"ס שם דנוכל לומר דהקרא אתיא נהא גופיה להקלים נאמנותו של אב דאפי' עדים מאחה"ג לא מהני, דז"א דזהו דווקא

היכא

היכא דל"ל מיגו [כתירוצא דש"ס שם בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן או לר"מ כשהוא גוסס] ובא רק מחמת שנתנה לו התורה כח להכיר בנו שהוא בכור ל"מ רק בפני עדים שיאמר בפניהם, אבל היכא דא"ל מיגו [לס"ד דש"ס שם דבכל מקום אית ליה מיגו] בוודאי מועיל אם עדים שמעו מאחה"ג שאומר כן והיה נאמן במיגו :

בסימן פ מ"ש אאמו"ר זללה"ה [באות ב'] דלאביי קנה למפרע רק קה"ג אבל קנין הפירות נשאר אצל הלוה, וכן הסברא פשוטה, ויש להקשות, דא"כ למה החליטו רבותינו בעלי התוס' בגיטין דלאביי לא"נ הקדש מפקיע מידי שיעבוד אפילו בקה"ג, הלא כתבו שם, דלכך המקדיש שדה מקנה בזמן שיובל נוהג חוזר לבעלים ביובל, משום דהוי קדושת דמים, אבל אי משכחת בהו קדושת הגוף אינו חוזר ביובל לבעלים משום דאית ליה קנין הפירות, וכמו שהוכיח מזה בקצוה"ח (סי' קי"ז ס"ק ב') ועתה למה לא יוכל הלוה להפקיע בקדושת הגוף את השיעבוד, הא אית ליה קה"פ ודמי לזמן שיובל נוהג, ויש לומר, דזהו מיתלא תליא אי קנין הפירות כקנין הגוף דמי או לא, דלר' יוחנן דס"ל קה"פ כקה"ג דמי מועיל הקדישו של בעל קה"פ דאלים להפקיע את קנין הגוף שיש לחבירו, ולכך כתבו התוס' דהמקדיש שדה מקנה חוזר לבעלים ביובל, דזהו דין פשוט כדאיתא במסכת ערכין (כ"ו) ובתוס' שם בשם רש"י בפירוש החומש [ומשמע שם דגם מאן דס"ל קה"פ כקה"ג דמי מודה לזה] משום דהוי רק קדושת דמים אבל לדידן דפסקינן קה"פ לאו כקה"ג דקליש קנין פירות לבד, ל"מ הקדישו דבעל קה"פ, להפקיע קה"ג של חבירו, ומש"ה ל"מ הקדישו של לוה לאביי דס"ל למפרע הוא גובה, הגם דיש לו קה"פ, ועמ"ש לקמן באות ח' [ועי' בקצות שם שהקשה על תוס' מב"ב קל"ז בנכסי לך ואחריך לפלוני דלרשב"ג אין לשני אלא מה ששייר הראשון ואפילו עשאו תכריכין למת, הלא בתכריכין למת גם רבי מודה דמהני כיון דהוי קדושת הגוף, ותירץ דשאני גבי יובל דיוכל להרוס ולבנות הלוקח קודם היובל, ועפ"י המבואר בירושלמי מובא במל"מ ריש פ' י"א מה' שמיטה ויובל דגם שם א"י לבנות ולהרוס ולחפור בה בורות שיחין ומערות, ותמה ע"ד הראב"ד מירושלמי. ולהנ"ל ניחא דרבי בוודאי ס"ל דקה"פ לאו כקה"ג כמבואר בסוגיא שם, ומש"ה ל"מ גם בעשאו תכריכין דהוי קדושת הגוף, דקליש לדידיה קנין הפירות ואף באחריך ס"ל לרבי דלאו כקנין הגוף דמי :

ולכאורה קשה על מ"ש בפנים דהיכא דאלימא קה"פ, שיכול להפקיע את קה"ג של חבירו כ"ע מודו דקה"פ כי האי כקה"ג דמי, וא"כ היאך משכחת להך דינא דקה"פ לאו כקה"ג, הא לעולם יש לבעל הפירות כח וזכות להפקיע קנין הגוף של חבירו ע"י שיאסר השדה בקונם או בעשיית בית הקברות בתוכה ע"י קבר של בנין וכמ"ש תוס' הנ"ל, ולפמ"ש כל דברי תוס' הם רק אי קנין הפירות כקה"ג דמי, אבל לא דנימא דמש"ה הוי כקה"ג משום דיכול לעשותו קדושת הגוף, דע"ז אנו דנין, דאי אמרינן דלא הוי כקה"ג ממילא א"י להקדישן קדושת הגוף] :

ובעיקר הסברא דמש"ה ל"א גבי דידה למפרע הוא גובה כיון דיכול היבם להפקיע את קה"ג שיש לו, ולמה לא נאמר על זה גופיה למפרע ה"ג, דנתברר עכשיו שלא הפקיע את קה"ג, רק דדינא דאביי הוא דווקא בגבאו לבסוף וכמ"ש תוס' בפסחים ובב"ק, ולכן נהי דגבאו את קה"ג, מ"מ קה"פ שהיה לו עד עתה לא גבאו, ונשאר קה"פ בתקפו כמו שהיה קודם גביית קה"ג, דהוי כקה"ג משום דיכול להפקיע את קה"ג, וממילא דא"ש לומר גבי דידה גם על קה"ג למפרע ה"ג, משום דל"מ מכירתו דהוי כמכר הבן בחיי האב, וכמדומה ששמעתי כן מפי אאמו"ר זללה"ה. ועפ"ז מובן היטב מ"ש באות ג' דגבי חמץ משום שאין לו קנין פירות אחר רק להפקיע את קה"ג, לכן כיון דגובה עכשיו את קה"ג גובה גם קה"פ שיש לו להלוה לכן ע"ז גופיה אמרינן למה"ג :

באות ד דאיפשר דבכתובה ל"א למה"ג מפני שהוא ספק בעיקר החיוב, אין להשיב ע"ז מתוס' גיטין הנ"ל דהקשו דנימא באילטלא למה"ג משום דא"י לסלקה בזוזי, הלא לא עדיף לרבא היכא דא"י לסלקה, מלאביי, ובכתובה גם אביי מודה, אבל שניא דא מכתובה, דבאילטלא דהוא נ"ב ל"ה ס' בעיקר החיוב, דגם אי מתה קודם הבעל, מחזיק הבעל בהם רק משום יורש ומכחה דידה והוי כאילו קרוב א' חייב לחבירו דראוי להורישו, ומדברי רמב"ן שעסקנו בהם מוכח כן מדכתב דאמרינן למה"ג גבי בעל, ול"א דהוי ס' בעיקר החיוב שמא תמות אשתו בחיי הבעל ואחיו יורש אותו, משא"כ בכתובה דאי מתה קודם איננה מגיע לה כלל משום מדרש כתובה דלכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, וכמבואר בש"ס כתובות (נ"ג) אשתו ארוסה וכו' מת הוא גובה כתובתה הא מתה היא אין לה כתובה וכו' שאין אני קורא בה לכשתנשאי לאחר וכו' ועיי"ש ברש"י ותוס', מבואר דבאשתו ארוסה אף דאינו יורשה אעפ"כ אין לה כתובה אם מתה היא מקודם כיון שלא נתקיים תנאי כתובה. וראיתי באבני מלואים (סי' נ"ג) שחידש דגם בנ"ב אם מתה היא אינו מחזיק הבן משום ירושה רק בתנאי כתובה הרי הוא ככתובה, ובעינן לכשתנשאי לאחר, ומביא ראיות לזה מראשונים, ועי' בבית יעקב סי' ל' סעיף ו' [ולפמ"ש בפנים בסי' ס"ד אות ה' לפרש בקושיית התוס', בלא זה ניחא], אך קשה מתוס' שם דכתבו דבשור תם הקדישו מוקדם משום דר' אבהו, ולא מעיקר הדין כיון דא"י לסלקו בזוזי אמרינן למפרע ה"ג, הלא גבי קנס לא נתחייב עד שעת העמדה בדין, והוי ס' בעיקר החיוב, אולם לשיטת הראב"ד דבפנ"ז מחויב בהודאתו לבד, וגם הב"ד אומרים לו חייב אתה רק דאין יורדין לנכסיו, ופשיטא דנתחייב בידיעתו לבד בלא ביאתו לב"ד [ועי' בסמ"ע סי' א' ס"ק י"ח דבהודאתו שלא בב"ד נתחייב בכל קנסות, ומ"ש בסי' מ"ד בפנים] א"כ לא היה ס' בעיקר החיוב [ועמ"ש בפנים סי' מ"ג ובאות יוד בארוכה], וגם לפי דברי הר"ן ס"פ אלו נערות דנתחייב מיד, רק דאידך לא זכה עד שעת העמדה בדין, [וכמ"ש בכוונתו בפנים בסי' י"ב אות כ'] אבל נתחייב מיד, או דדברי תוס' הם למ"ד פלגא נזקא ממונא, ולכן מוקדם רק משום דר"א, וכמ"ש הראשונים דכמה סוגיות אזלי אליבא דר"פ דפנ"ז ממונא, וממילא דל"ק דהוי ס' בעיקר החיוב שמא יודה, ובפרט לפ"מ דכתבנו לעיל (סי' מ"ג אות א') בדברי תוס' אלו :

באות ז כ' דראוי לתת לו מעכשיו לבנות ולהרוס וכשיגיע היובל יזכה בקה"פ, וגם דקה"ג אינו ראוי לתת, הרי מוכח מכל בכור וכמ"ש בפנים מקודם לזה, א"ו דסגי ע"י קה"פ לבד, אבל במכרו לאחר היאך יוכל לתת לו קה"פ דעכשיו גם לו לא הוא הקה"פ, לכן כתב דמעכשיו יזכה לבנות ולהרוס שהלוקח אין לו זכות זה, ואם הוא נותן לו רשות לזה מועיל כמ"ש המל"מ שם, ועי"ז שזוכה מעכשיו בקנין זה יגרר דיזכה בהגיע היובל בקה"פ, ולקה"פ לבד אינו מעכב מלות יובל, דמותר למוכרו לששים שנה, כמ"ש הרמב"ם [פ' י"א מה' שמיטה ויובל ה"ג], וקנין לזמן הוי קה"פ, כמבואר בר"ן נדרים :

באות ח בקושיית הפנ"י, כבר רימז בזה השמ"ק במקומו, בשם העליות, וכתב דא"ה אפי' מעות נמי, וע"כ דס"ל לעליות דלאביי גם במטלטלי הדין כן, אבל לשיטת הרמב"ן פסחים דבמטלטלי גם אביי מודה, הקושיא במ"ע, דבסברא הטעם כיון דיכולה למכור ע"כ דאחריך לאו כאומר מעכשיו כשיטת הרשב"ם והראשונים מובא בפנים [באות ו], אבל בגבו קרקע הטעם משום למה"ג, ובגבו מעות משום דבמטלטלי ל"א למה"ג לכן הוי ראוי, ומה שתירץ אאמו"ר זללה"ה בזה, לכאורה הא ברמב"ן ב"ב [מובא בפנים באות א] מבואר כיון דלמפרע ה"ג לא הוי ראוי, אכן דיש לעמוד על עיקר התירוץ מה בכך שיכול לסלקו בזוזי ולהפקיע את קה"ג מקרקע, נימא דבשעת הלואה הקנה לו קה"ג באחד מנכסיו ורשותו, יהיה קרקע או מעות, ומה שנתן לו אח"כ לפרעון הוברר למפרע דזהו שהקנה לו, ומאי הפקעה שייך בזה כמו דל"א דיכול להפקיע ממנו ולתת לו קרקע אחרת, אבל כיון דכל הקושיא היא לשיטת הרמב"ן פסחים במלחמות ה' דבמטלטלין ל"א למפרע ה"ג, ולא הקנה לו בשעת הלואה המטלטלין, רק הקרקעות הוא דהקנה לו, וא"כ כיון דיכול לסלק לו מהקרקעות בזוזי, ולהפקיע הקה"ג שיש לו בקרקע ולתת לו מעות אשר לא הקנה לו בשעת הלואה, ממילא דאלים קה"פ כקה"ג לכ"ע, אבל דברי רמב"ן ב"ב בחידושיו הם אי גם במטלטלי ס"ל לאביי למפרע ה"ג, דהתם במטלטלי איירי, או משום דלגבי ראוי אזלינן בתר דינא דאורייתא אפי' למיהוי מוחזק עי"ז ומדאורייתא גם במטלטלי י"ל למה"ג דגובה ממטלטלי שמכר [או דאביי ס"ל דמלוה הוי מוחזק וכמ"ש בפנים באות ה'], ועל כן לא היה ראוי לאביי, דאינו מפקיע הקה"ג כלל במה שסילקו במעות דעל המעות עצמו אמרינן למה"ג, וזהו הקה"ג שהקנה לו בעת הלואה :

ועוד נשאר לתרץ מדברי מלחמות ה' בעצמו בפסחים שם דכתב בסוף דבריו כיון דהרי"ף פוסק אפי' גבו קרקע אין לו, מכ"ש דל"א למפרע ה"ג ומכירת המלוה אינו מועיל, הלא גבי בכור שאני דל"ה ראוי לתת משום דמת קודם הגבייה, וקה"פ כקה"ג דמי וכמ"ש בפנים, ועיין בשמ"ק ב"ב שם בשם העליות, דהא דקא מדמי אביי

גבו

גבו קרקע לשבתא, הגם דהתם ע"י מכירת השבתא נפקע לגמרי זכות אשתו, ובבע"ח צריך ליתן לו דמים, ורק כיון דקושיית אביי לרבה דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא ע"כ לא שני ליה לחלק בזה, אבל בני מערבא ס"ל שד"א מחלקים כן, יעו"ש. ועפ"ז סברא הזאת דל"ה ראוי לתת דאלים קה"פ כקה"ג משום דיכול להפקיעו מקה"ג ע"י מעות, וזהו לפי קושיית אביי לרבה דמדמי לשבתא וס"ל דגם זה הוי הפקעה, משום דלרבה שלד"א, אבל ראיית הרמב"ן הוא לשיטת הרי"ף דפוסק בסוף כ"ב שד"א ע"כ לא הוי הפקעה במה שמסלק ליה בזוזי, כיון דשיעבוד על הקרקע אלים ואמרינן מה לי הן או דמיהן [וכמ"ש בפנים סי' מ"ג אות ז'] וממילא דקה"פ ל"ה כקה"ג והוי ראוי לתת, ומזה הכריח הרמב"ן כיון דפוסק הרי"ף דגבו קרקע אין לו ש"מ דלא ס"ל כאביי:

בסימן פא

מש"כ דל"מ הכא מיגו לפוטרו מגילגול, והא דהקשו בתוס' ד"ה ביום דיהא נאמן על הגילגול במיגו דה"י, שאני התם דאי יטעון א"י יהא חייב על העיקר ואפ"ה יפטור על הגילגול, מש"ה גם השתא יהא נאמן על הגילגול בלא שבועה, משא"כ הכא דבטענת המיגו כל הפטור הוא משום דליתא לעיקר לחייבו שבועה, וכיון דבטענה דהשתא מחוייב על העיקר ממילא חייב ג"כ על הגילגול, ועיין בש"כ [בדיני מיגו אות י'] שתירץ כעין זה על קושיית תוס' ב"ב:

באות ב העיר דלר"ה ור"י פטור מגילגול ע"י בו"ש, ובשוטה משום דהוי ברי גרוע וגם היא יודעת שהבעל א"י מזה כלל, לכ"ע לאו ברי עדיף, והראיה שכתוב בפנים ממיגו הוא דהא גם לדידהו ל"מ מיגו להוציא כמ"ש תוס' כתובות [ט':] ד"ה לאו, והתם בעל המימרא רב יהודה אמר שמואל, ור"י הוא מרא דהאי שמעתא דבו"ש ברי עדיף, וגם אליבא דשמואל שקיל וטרי הש"ס דס"ל בו"ש ברי עדיף [שם י"ב:]. וראיית הכ"י מסיפא לר"ה ור"י דגם אינהו סברי מתוך, וכמ"ש תוס' כתובות [שם] ד"ה ר"ה ור"י, ומדקתני יחלוקו בוודאי קאי אכולהו בבי דאל"כ איך פסיק התנא יחלוקו אכולהו בבי לאשמועינן מה שהוא נגד האמת דבא"י אם ביום או בשעה שהיתה שכורה מתה הדין מתוך, א"ו דבטענת התובע ה"י על הגילגול ל"א מתוך, אבל במציעתא דקתני פטור דמשמע מתשלומין, לפי דרישא חייב לשלם, ע"כ הדין אמת אכולהו בבי, רק דקשה דהתנא מחסר לשנות לנו חיוב השבועה וכמ"ש בשמ"ק, ע"ז אמרינן שפיר כיון דלא מצי למיתני בכולהו בבי חיוב שבועה דבשכורה מתה פטור משבועה משום דברי פוטרו, ע"כ שביק התנא ולא הזכיר מחיוב שבועה כלל במציעתא. ואפשר כי התנא מרמז לנו זאת, דהנה יש לדקדק מדוע רישא ומציעתא תנא לכולהו בבי בפירוש, ובסיפא דילג וחיסר, וכאן שנה לנו רבי רק בבא אחד, ועפ"י הנ"ל ניחא דדוקא בשאולה ושכורה צריך לישבע ע"י גילגול רק בטענת ברי, אבל במציעתא לא, משום דבו"ש פוטרו, משא"כ ביום או בשעה שהיתה שכורה לזה ל"ל לברי כלל, דגם במציעתא חייב שבועה משום דהוי ברי גרוע:

באות ד בראיה מרא"ש כתובות דחזה"ג מהני אף נגד רוב רצון וס"ס וחז"מ, לכאורה יקשה לעין הרואה, הא חזה"ג אינו מנגד לרוב רצון כלל, וא"כ באמת ק' למה לא אזלינן התם בתר הרוב, אך כן הכוונה דנגד רוב רצון איכא חז"כ וכמ"ש תוס' כתובות (ט') תד"ה ואב"א, והגם דרובא וחזקה רובא עדיף כמ"ש תוס' שם, ע"ז אלים ברי דידה, וכמבואר ברא"ש שם, אך כ"ז הוא בעבור חזה"ג וברי שלה דוודאי היה תחתיו, ע"כ הרוב והחז"כ מנגדים זה לזה, לכן הברי שלה וחז"כ מכריע, אבל בלא חזה"ג אזלינן בתר רוב רצון, וחז"כ אינו מנגדו כי נוכל להשוותם, ואמרינן דהי' אינו תחתיו ונאנסה בחז"כ, כי להרבה פוסקים בעילת פנוי' מותר מה"ת, ובפרט דאז נשארה בחז"כ לכהונה, כמ"ש תוס' שם ד"ה ל"ל, הרי דלכל זה מהני חזה"ג וברי שלה, וגם מרע להס"ס כיון דהחזקה מסלקה להס' דאינו תחתיו לגמרי שוב לא נשאר רק הס' השני, ואז חז"כ והברי שלה מהני נגד רוב רצון דהוא רק מדרבנן: שם בהגה ע"ד תומים מרא"ש, והגם דחזה"ג עדיפא וכמ"ש בפנים מ"מ אי נימא דחזקה הוי כברי, מהני גם נגד חזה"ג כדאיתא ריש פ"ב דכתובות:

באות ז במ"ש דבמציעתא בשאלה היום פטור משבועת הגילגול משום מיגו דא"י, וסברת תוס' דאין אדם טוען ברצון א"י ל"ש כיון שגם התובע טוען שמא, יש להשיב לכאורה הא התובע לא הו"ל למידע, והשומר הו"ל למידע, ובכה"ג ג"כ ל"א מיגו דא"י, דאל"כ קשיא לרב ושמואל דל"ל מתוך, שבועת שומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה ואפילו בשטר [שבועות מ"ה] יהא נאמן במיגו דה"י, כיון דהתובע ג"כ א"י, ועיין בתומים (סי' צ"ד ס"ק ב'), אך לפמ"ש בתפארת ירושלים מס' ב"מ (אות ס"א) הדרינן לפשטא דהיכא דהתובע א"י גם דלא הו"ל למידע נאמן הנתבע במיגו דא"י וא"ל דבשוטה גופה תהא נאמנת על הגילגול במיגו דא"י והבעל ג"כ א"י, דזהו משום דהוא רגלים לדבר גם על האירוסין כמ"ש תוס' בתירוץ השני, ע"כ בוודאי א"י טענה גרוע בפרט לפמ"ש בתפארת ירושלים סוטה אות ג':

באות ח יצא לחלק בגדר זכייה והראיה לזה מירושלמי, כ"כ בב"ש (סי' נ' ס"ק מ"ז), ועי' ברא"ש פ' חזקת בשם רבינו יונה מובא באבני מלואים שם (ס"ק כ"ג), ובית מאיר (סעי' י"ג) ול"ע לכאורה: שם הערה גבי ישראל שהלוה לנכרי על חמצו, וי"ל כיון דגוף הקנין מועיל ע"י שליח, הגם שבין שניהם הישראל והנכרי לא מועיל השליחות, לא איכפת לן, ודמיא לדברי הש"ס כתובות (ע"ד) דאיתקוש הוויות להדדי [וכ"מ בס' נודע בשערים בסי' ב'], וגם ע"פ דעת מ"ב מובא במג"א (תמ"ח ס"ק ד') ניחא, ובעיקר הדבר עיין בפנים (בסי' מ"ג אות ו"ו):

באות ט י בשיטת רש"י דביטול העשה דמי לתנאי ובתנאי ל"א קלב"מ, וקשה הא מפורש במכות (ט"ז.) גבי אונס שגירש אי דקטלה קלב"מ, ומצאתי בראשונים ברמב"ן וריטב"א שהקשו כן על שיטת רש"י, וסבור הייתי לומר לכאורה דקושיית הש"ס הכי אזלא דאם יזומו העדים יפטרו ממלקות משום דלגבייהו החיוב מיתה ומלקות באו ביחד, ע"כ גם הוא פטור משום עדות שאי"ל, אבל אם כן קשה דמש"ל דקטלה בפני ב"ד דל"ב עדות שאי"ל [סנהדרין ע"ה.], ועוד דיותר מסתברא דבכה"ג ל"ב יכול להזימה, כיון דהחיוב מלקות העיקר בשעת עבירת הלאו ובעת ביטול העשה הוי רק כתנאי ע"כ ל"ב בעדי ביטול העשה יכול להזימם:

בסימן פב

מש"כ בתוס' ב"ק בסוגיא דעירוב פרשיות, ול"ל בקושיית תוס' שם למאן דבעי ג' פרות, וכמה משניות הם להיפוך דעל כו"ה לחוד חייב שבועה, ואף דהוא טוען ברי שפשע, מ"מ יש לו מיגו דנאנסה, ויהיה פטור דל"ה טענה דשייך בהלואה, ועי"ז תירצו דכפירה קמן, [ודחוק קצת בלישנא דתוס', ולפמ"ש לתרץ באות שאח"ז מרווח היטב לשון התוס'], ואין להקשות על מ"ש בפנים בטוען ברי שפשע דחייב שבועת השומרים הא הש"ך (סי' ע"ב) חידש דבטענת המפקיד ברי לא מחוייב ש"ש, זהו לדידן דפסקינן כרחב"י דחייב בנאנסה לחוד, אמרינן שפיר דדווקא היכא דאין חבירו מכיר בשקרו דל"ש חזקה דאין אדם מעיז, אבל בטענת ברי החזקה פוטרו, משא"כ לרמב"ח דבעינן הודאה וכפירה ונאנסה, וכיון דאיכא הודאה ל"ש חזקה דאינו מעיז, דאמרינן אישתמוטי, כמבואר בכמה מקומות בש"ס, א"כ שוב טענת ברי של המפקיד תוסיף כח לחייב שבועה:

באות ב כתב דבליכא כפירה קמן ממנ"פ פטור, ואם טען על הג' שפשע, בכה"ג פטור בלא מיגו, כיון דכולם הוי כפירות [אם נאמר דלא כשמ"ק הנ"ל] וגם מיגו יש לו דיודה אחת, ועל שתיהם יטעון נאנסו, וקושיית תוס' ב"מ על ר"ת הוא דל"ל להוסיף בפרות, הא מש"ל בטענו הבעלים ברי על שתיהם שלא מתו מחמת מלאכה ומתו בעידן שאילה:

באות ג ביישוב דברי הר"ן ר"פ שבועת הדיינין מקושיית התומים עליו, דכל קושיית הר"ן הוא לשיטת הריב"א אליבא דרמב"ח, ושיטת ריב"א דאינו נאמן בשטר פקדון החזרתי במיגו דנאנסה [רק בעיסקא נאמן], וגם מוכח מריב"א שם דלא טענינן נאנסה, דהא תירץ רק סתירת רבא לבד, [אבל הקושיא מרב חסדא לא תירץ, דהא ר"ח תני המפקיד, דהוא פקדון לחוד], וא"כ ל"ל לחלק בין עיסקא לפקדון, הא י"ל דהחזרתי א"כ אף במיגו, אבל בשטר כיס הטעם דטענינן נאנסו, והגם דהר"ן פ' כל הנשבעין בסוגיא דקלילה (ד"ה והא דמסקינן) חולק על הריב"א, מ"מ הקשה שפיר על הריב"א, דכן מצינו במקומות אחרים בר"ן:

באות ד כתב דאם כשם שהשטית מועיל לפטור מכ"ש לחייב, לכאורה יפלא הלא דברי מהר"ם מרוטינבורג (מובא ברא"ש ריש ב"מ סי' ג') הם להיפוך דהביא ראיה דע"א מועיל לפטור משבועה

משבועה דאיזה כח מרובה בוודאי כח המוחזק עי"ש, ולאחר העיון נכון הדבר דאם הנידון הוא על התחלת חיוב השבועה, או לפוטרו מחיוב שבועה שעליו, בזה כתב מהר"ש ק"ו דאם יפה כחו של ע"א לברר בעדותו ולהביא חיוב שבועה, מכ"ש אם מסייע למוחזק שיפטרנו, אבל אם שני הנידונים הם אחר שכבר נתחייב שבועה, רק שיש סברא לפוטרו מחמת חזקה דאינו מעיז, כגון בדינא דר' חייא דהוי מודה במקצת ע"פ העדאת עדים וגבי דינו דרמב"ח דנתחייב מחמת דהוי כפירה והודאה ונאנסה, ובדר"ח לא נוכל לומר החזקה רק ע"פ הסברא דכשם שהשטית, ואפ"ה מועיל לפטור מחיוב שבועה שהיה עליו, מכ"ש דגבי דינא דרמב"ח דע"י דכשם שהשטית מרעינן לחזקה דאינו מעיז, דבוודאי מועיל בכדי להעמידו בחיובו שהיה עליו מכח שבועת השומרים, וכן גבי ה' מלוה ישנה, כיון דיש עליו חיוב שבועה, רק דנימא לפוטרו מלד מיגו דהשיד, אמרינן כיון דיש עילה לחייבו מחמת ה' מלוה ישנה הדר לחיובו, [וכן אזלא סברת התומים (בכללי מיגו סי' פ"א) בטעמא דמיגו דהעזה לגבי ממון אמרינן, משום שיש בני אדם במעיזים ויש שאינם מעיזים ומס' לא מפקינן ממונא, אבל מיגו דהעזה לאפטורי שבועה ל"א משום דשבועה חייב מס' הוא משום דיש עליו חיוב שבועה, רק מכח המיגו בא לפטור, ע"כ אינו נפטר מספק]:

בסימן פג במ"ש אאמו"ר זצ"ל [באות ג'] לפרש בתוס' ב"ק דגבי חטאת ואשם לא ירויח בשאלה, קשה לי לפי מה שאידם לקמן (באות ז') דגבי עולה כיון דאינו ראוי משום מה"ב עולה לקיץ המזבח או ירעה עי"ש, א"כ גם בחטאת ואשם ירויח ע"י השאלה דלא יביא רק קרבן א', ובלא שאלה יביא שנים, ויש לתרץ דעיקר הכוונה הוא דמש"ל בחו"א שינוי השם, א"כ כיון דבלא נודע מכפרת בחטאת [גיטין נ"ה], והה"ד דאשם דמכפר בלא נודע, ומשכחת שפיר בחו"א ש"ה בלא נודע, דאז לא ישאל, דלא ירויח כלום, [ובחטאת גם בנודע הוי ש"ה, משום דאינה ראויה לקיץ המזבח, דלקיץ המזבח מקריבין עולות (רמב"ם פ"ד מה' שקלים ה"ט), ועולה הוי זכר והחטאת יחיד הויא נקבה, רק תרעה עד שתסתאב, הדר הוי ככפרים שמתו והיא בעלת מום דמוכרה ויביא בדמי' אחרת (תמורה כ"ב:), והגם דבעודה תמה בלא מום ג"כ אינה ראויה להקרבה, א"כ הוי כבע"מ מעיקרא, מ"מ משמע דהדין כן, עי' ברמב"ם פ"א מה' איסורי מזבח ה"י (וע"ע דברי הפנ"י ב"ק ע"ו: בד"ה וכ"ל אמר), וממילא דלא שאל, דבדמי' יצא י"ח חטאת שמחוייב]:

ועיין בפתח הבית (בדיני יאוש וש"ר ענף א' סד"ה ואגב נזכיר) שהוכיח מק"ו ש"ס גיטין (נ"ה:) כרת מאי עבידתיה, דאינו עולה לקיץ המזבח, ויש ליישב, ועי' במלחמות ה' ריש פ' לולב הגזול, ואכ"מ להאריך:

ובעיקר הדבר שכתב בפנים לחלק בין תרומה וקרבן חובה, ובין קרבן הבא בהפלאת פיו, עמד ע"ז תלמיד אחד מתלמידי אאמו"ר המחבר זצ"ל, הוא ידי"נ מוהרל"מ נ"י מירושלים עה"ק ת"ו, דלפ"ז מאי מקשה הש"ס נדרים (נ"ט) דליהוי תרומה דשיל"מ ע"י שאלה כמו נדר, הא לפי סברא יש לחלק בין נדר לתרומה עכ"ד. ולפי המבואר בפנים לעיל (סי' כ"ב א"ד) לפרש הסו"ע דסוגיא דנדרים הנ"ל, ל"ק כלל, דכתב שם דקו' הש"ס אזלא דתרומה ליהוי דשיל"מ ע"י שאלה, וגם אם לא ימלא פתח וחרטה, מ"מ הפתח פתוח לפניו, בכדי שלא יפסיד את התערובות, א"כ גם בתרומה בכה"ג שהיה שישאל דהא ירויח התערובות:

במ"ש בפנים [באות ג' ו'] בכוונת תוס' בקדשים שאינו חייב באחריותן, הגם דבכל מקום פירושו לענין גניבה ואבידה, ובאומר הרי זו, אך במשנה דתמורה (ריש פ"ג) איתא דקרבנות צבור אינן חייבין באחריותן וקרבנות היחיד חייב באחריותן, ופירש"י והרע"ב לענין אם מחוייב להביא בעבר זמנו, הרי דגבי גודל החיוב קרי השתא חייב באחריות, ולהקטין החיוב מקרי א"ח באחריות, וא"כ יש לומר דעיקר דברי תוס' בפשטא, דקדשים שא"ח באחריות לענין גניבה ואבידה [דזהו בוודאי לא מש"ל בחטאת ואשם, דהא אפי' באמר ה"ז מ"מ אם נגנבה מחוייב להביא כפרתו], ול"ה שינוי השם דחוזר לבריאתו ע"י שאלה, מ"מ הוי ש"ר, אך משום דבריהם דנקטו רק בחטאת ואשם, כלמד דרמזו וכללו בלשונם גם היכא דאמר הרי עלי עולה, ומשום שהחיוב קל וקלים דנתחייב רק ע"י דיבורו, מיקרי ג"כ לגבי חטאת ואשם שא"ח באחריות, וכעין לישנא דמתניתין דתמורה:

באות ה מ"ש דלהכי ל"ה ש"ר משום שנשאר זכות לבעל כחו, יש לעיין בזה באיזה פרטים, חדא דא"כ גם שלא באחריות למה יקנה דהוי ש"ר הא היכא שמשועבד לו מטלטלי אג"ק גם אי מכר שלא באחריות הבע"ח גובה [וכ"מ מסוגיא דפרה וטלית, דמעיד לו שליה במכר לו פו"ע שלא באחריות, ואפ"ה מקשה הש"ס ליחוש דילמא אקני ליה (היינו שמשעבד לו) מטלטלי אג"ק, ואז בע"ח גובה ממנו], ועוד דבתוס' ב"ב (מ"ד) ד"ה דוקא, פירשו טעם אחר, דלהכי במכר באחריות ל"ה ש"ר משום דאין הפסד ללוקח, ואיפשר משום דתרווייהו דוקא, זכות שיש לבע"ח של הגזלן וחיוב אחריות, נתבטל הש"ר. וברווחא י"ל דהנה עוד קשיא דאיך יוכל הגזלן לשעבד מטלטלי אג"ק, כיון דיאוש לא קנה והוי אינו שלו, וראיתי באחרונים שכ"כ דבע"ח של הגזלן יוכל לגבות מהלוקח, ובפתח הבית בדיני יאוש (ענף ט) כתב דתליא אי הלוקח קונה מכחו של הגזלן אזי הבע"ח גובה ממנו, אולם צריכין להבין דלמה יעדיף כחו של הבע"ח גבי לוקח מלגבי הגזלן עצמו, הלא מהגזלן עצמו א"י לגבות משום דיאוש כדי ל"ק, וא"כ לא קנה הלוקח את שיעבודו כלל. אכן י"ל דזאת הסברא שייכא רק במכר שלא באחריות, אבל באחריות כיון דלית ליה פסידא ללוקח שיש לו על מי לחזור, אזי גם בכה"ג גובה, כיון דבעת שמכרו נעשה של הגזלן, וכעין זה מלינו גבי שבח, דהיכא דמסיק ביה כשיעור ארעא ושבחא גובה את השבח מלוקח אפילו אי לא עשאו אפותיקי (ש"ס ב"מ ט"ו), ובעשאו אפותיקי מפורש גובה הבע"ח שבחא מן הלוקח באחריות גם אי לא מסיק ביה אלא שיעור ארעא, הרי הגם דמן הלוה עצמו אינו גובה אלא שיעור חובו [היכא דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא, וגם היכא דמסיק ביה כשיעור ארעא ושבחא מ"מ הלא אם היה ביד הלוה לא היה כאן שבח כלל], אפ"ה מהלוקח באחריות גובה גם השבח, אבל לא מהמקבל מתנה או מהלוקח שלא באחריות, משום דלא הפסידו להבע"ח כלל, וכ"מ בפרש"י ב"מ (שם) ד"ה יפה ויפה, ובתוס' (שם:) ד"ה הא, ובטור (בסי' קט"ו), ועפ"ז נכון הדבר, דבשלא באחריות הוי ש"ר, דבע"ח א"י לגבות ממנו משום דמגזלן גופיה ג"כ א"י לגבות ולא קנה שיעבודו, [והא דמבואר בסוגיא דפו"ע דגם בשלא באחריות גובה, זהו בדבר שהוא שלו, ומש"ה פריך דניחוש דמעיד לסלק המערער כדי שיוכל הבע"ח לגבות], אבל כשקיבל אחריות כיון דל"ל פסידא דהא יש לו על מי לחזור לכן גובה הבע"ח ממנו, וזהו טעמו של תוס' ב"ב הנ"ל. וע' בנימוקי יוסף שם שמביא טעם בשם הר"י בן הרא"ש דבאחריות ל"ה ש"ר, ועפ"ז מובן דשני הטעמים יתלכדו יחד, וא"ל דכל זה הוא אם יש לו בע"ח שמשעבד לו מטלטלי אג"ק, אבל אם אין לו בע"ח כזה למה ל"ה ש"ר, דמ"מ אנן מספקינן שמא יש לו בע"ח כזה, [והגם דהוא חשש רחוק, כיון דקלא אית לה למילתא היכא שמשעבד לו בשטר, וכיון דל"ל קלא ש"מ דל"ל בע"ח כזה, ומסוגיא דפו"ע אין ראיה דחיישינן לזה, דשאני התם דגבי נגיעה חיישינן גם לחששי רחוקי, אבל מה בכך דניחוש לזה הלא ל"ל פסידא ללוקח עי"ז דהא קיבל עליו אחריות], ומחמת חזקת מ"ק מוציאין מיד הלוקח ומחזירין לבעלים הראשונים, וגם במטלטלין אמרינן כן היכא דאין בתפיסתו ראיה וטוען שמא, כמ"ש תוס' ב"מ (ק') ד"ה וליחזי:

ולהבין את עיקר הסברא דמה בכך שנשאר זכות לגזלן במה שבע"ח יכול לגבות, הלא אם מכרו הגזלן לשני שותפין החפץ או בעל חי דאין בו דין חלוקה דיש בו דינא דגוד או אגוד, דכל א' מהם יש לו הברירה או שיקנה הוא כל החפץ, או חבירו יקנה כל החפץ, הכי נאמר דבשביל זה ל"ה ש"ר ועוד לא נגמר כל המכירה, וכ"ש הכא דעדיף דרק הלוקח יש לו הברירה לגבי הבע"ח לסלקו בזוזי, או באפותיקי מפורש דרק הבע"ח יש לו הברירה לגבות גוף האפותיקי, איך נימא דל"ה ש"ר. אך נראה דשני ושני משותפין דאינם באים מכחו כלל, רק בשביל שמכרם מקדם ואם ירצה להפקיע מכירתו גם הלוקח אינו יכול, דחזרת שטר לא חזרה המכירה, רק אם ימכור מחדש להמוכר, וכמו כן יכול למכור לכל העולם, משא"כ בבע"ח דבא רק מכח שיעבוד הגוף שיש לו על הלוה עוד עכשיו, ואם ימחול לו ויופקע שיעבוד הגוף מן הלוה, אזי השיעבוד נכסי ממילא נפקע, כמ"ש הר"ת גבי המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דמחול, א"כ עוד זכות הבע"ח על הלוקח קשור רק בשעה"ג שיש לו עכשיו על המוכר, ע"כ ל"ה ש"ר, כיון דחזינן דכחו של הגזלן עוד שייך בחפץ, דבשביל שיעבוד הגוף שיש לו עכשיו עליו טורף החפץ. ובזה ניחא מה שהקשה לי תלמיד א' נ"י דהא בהקדש ג"כ נפ"מ בבור המזיק דגובה הניזק מהקדש רק דנותן דבר מועט בפדיונו, כדאיתא בש"ס ב"ק (נ"ג:) ותוס' גיטין (מ:) תד"ה הקדש, משום דא"י לסלקו בזוזי גם רבא מודה

דלמפרע

דלמפרע ה"ג, דלדידן דפסקינן כר"ע דשותפין ניכסו, א"כ לא בא מכחו כלל, ועמ"ש בפנים (בסוף סי' ס"ד) דאם רוצה הניזק למחול זכות זה להמזיק ולגבות רק ממקום אחר, ל"מ בזה לשון מחילה רק צריך קנין דוקא לר"ע דשותפין הם, וא"כ היינו שני שותפין, [וע' בתומים (סי' ס"ו ס"ק מ"ג) שכ' דלהכי גובה מיורש של הלוה משום שגם הוא נשתעבד בגופו, אבל לפי דברי הקצוה"ח שם (ס"ק כ"ו) שפירש דברי הר"ן דלהכי גובה מהיורש משום שיעבוד הגוף למעיקרא בשעת הלואה, יש לפקפק בסברא זאת והדרא הקושי' דמ"ש משני שותפין]:

וידע המעיין דמ"ש בפנים [באות ד' ה'] דגם בחטאת ואשם היכא ש"ר, הוא רק בשיטת התוס', אבל ברשב"א מבואר במקומו דבאו"א ל"ה ש"ר, משום דמעיקרא תורא דראובן:

[ועמ"ש הרשב"א שם דלהכי לא אמרינן הפסד במעשר שני משום ש"ר, דלא בעי לאוקמי דלא כהלכתא כר"מ, ופליאה דעת ממני להבין דברי רבינו הרשב"א, הלא סוגיא ערוכה בקידושין (נ"ד:) דהלכה כר"מ דמע"ש ממון גבוה הוא, ויש לפרש דאיתא בקידושין שם היכא דנותן טבלו לחבירו במתנה והמקבל מתנה הפרים מע"ש ופודה אותו למ"ד מתנות שלא הורמו כמי שלא הורמו דמיין, צריך להוסיף חומש, ולמ"ד כמי שהורמו דמיין א"צ להוסיף חומש, משום דהכא הוי ממון גבוה בשעה אצל הנותן, וכ"מ בפרש"י שם ד"ה וקסבר, וממילא דהה"ד אי מע"ש הוי ש"ר או לא, תליא בהך פלוגתא, והנה לפי משמעות הסוגיא שם, דמוקי המשנה כר"מ וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שלא"ה דמיין, ס"ל לר"מ דכמי שלא"ה דמיין (וכזה מצינו הרבה פעמים), א"כ אפשר דזהו כוונת הרשב"א, דל"ב לאוקמי דלא כהלכתא כר"מ דכמי שלא"ה דמיין, ולדידיה הוי ש"ר, דמקודם הוי ממון הדיוט ועתה נעשה ממון גבוה, אבל לדידן דפסקינן דכמי שהורמו דמיין (דפסקו להמשנה דבעלים שנפלו לו מאבי אמו כהן והוא הפרים מהן תרומות ומקדש בהן דמקודשת, וכן מצינו עוד בכמה דוכתי, רק הרמב"ם מחלק בין מע"ש לשאר מתנות כמ"ש הכ"מ (פ"ג מה' מע"ש הי"ז) בשם הר"י קורקוס, אבל לפום פשטות לישנא דש"ס ורש"י משמע דשוין הם), ולכן כתב הרשב"א דלדידן ל"ה מע"ש ש"ר, משום דכמי שהורמו דמיין, דגם מקודם הוי ממון גבוה מעורב בטבלו, וכמ"ש תוס' סוכה (ל"ה) ד"ה אתיא, דא"י י"ח באתרוג של טבל משום דהוי כאתרוג השותפין, וגם הרשב"א ס"ל כן, כמ"ש השעה"מ (פ"ו מה' חו"מ ה"ח ד"ה שוב אינה ה' לידי ספר הבתים להרשב"א ז"ל), וכ"מ קצת במשנה ו' פ"ג דמע"ש, אח"ז ראיתי בשעה"מ שם מ"ש לדחוק ע"ד הלח"מ, ואפ"ל גם ברשב"א כן]:

עיין בש"ס ב"ק (ע"ו) על ברא דסיפא ר"ש אומר קדשים שחייב באחריותן משלם תשלומי דו"ה, ומקשה הש"ס נהי דסבר ר"ש מה לי מכרו להדיוט מ"ל מכרו לשמים איפכא מיבעי ליה קדשים שח"ב פטור וכו' ומשני ר"ש אמילתא אחריתא קאי וכו', ולכאורה ק' הלא לפ"ד הפנ"י המובא בפנים (אות ד) ובהצטרף הסברא שכ' (באות ג' ו') על דברי תוס', יש להעמיד דברי ר"ש כפשטא דארישא קאי ולעולם גם ר"ש סובר הסברא דמעיקרא תורא דראובן וכו' רק דניקום דמיירי בקרבנות הבאים בהפלאת פיו כגון בעולה ושלמים, וטעמא דר"ש דפוטר בקדשים שח"ב משום דלא חל ההקדש כלל, דהא ש"ר ל"ה משום דחייב באחריות כמ"ש התוס', וה"ה ג"כ ל"ה משום דהוי ש"ה החוזר לברייתו ע"י שאלה, דעל זה שכיח שישאל, כמ"ש בפנים דעל קרבנות הבאים בהפלאת פיו, כיון שירויח ע"י השאלה שכיח שישאל [וא"ל דלהכי לא משני הש"ס כן משום דדחיקא לאוקמי דמיירי רק בעולה ושלמים ורוצה לאוקמי בכל הקרבנות אפי' בחטאת ואשם, הלא גם לשינויא דרבין משמי' דר"י דשחט קדשים בפנים שלא לשם בעליהן, לא מיירי בכל הקדשים, דפסח וחטאת ששחטן שלא לשמן פסולים לגמרי והוי שחיטה שא"ר, וכ"כ תוס'] אבל בקרבנות שאינו ח"ב דהוי ש"ר וחל ההקדש להכי פטור משום דרעהו כתיב, ותכמים סברי דאפי' בקדשים שח"ב מ"מ קנו הקדש דלדידהו גם בכה"ג הוי ש"ר דדהגל"מ לאו כמ"ד, וכמ"ש הפנ"י. וגם לא יקשה תו קו' הש"ס דהוי שחיטה שא"ר. דהא ההקדש לא חל כלל [ובאמת נכל לומר דבקדשים שאינו ח"ב פטור לר"ש מטעם שחיטה שא"ר ג"כ], ויש ליישב דלהכי לא משני הש"ס כן, משום דעוד יקשה היאך נפרנס דברי ר"ש אליבא דמסקנא דריש פסחים דהיכא דליתא בעינא לא קאמר ר"ש דדהגל"מ כמ"ד, א"כ גם לר"ש הוי ש"ר אפי' היכא שח"ב כמ"ש בפנים (באות ו'), וא"כ קנו ההקדש ואמאי פטור, להכי משני דמיירי שגנב הקדש מבית בעלים, [הנה לכאורה ק' ע"ד תוס' הנ"ל דמש"ה לא מוקים רב דימי כרבין דשחט קדשים בפנים שלא לשמן, משום דדחיקא ליה למימר דלא מני מיירי בכל הקרבנות, הלא מני לאוקמי בשחט לשם חולין, דהא פסח וחטאת ששחטן לשם חולין כשרין ואינן מרצין כדאיתא בש"ס זבחים (מ"ו:) וברמב"ם (פט"ו מה' פסולי המוקדשין ה"ד), אלא מכאן ראיה ברורה למה שחידש אאמו"ר המחבר זצ"ל בספרו התפארת מס' זבחים (אות ט') כדעת תוס' ורמב"ם, דשאר קרבנות ששחטן לשם חולין עלו לבעלים לשם חובה (ועמ"ש בזה בליקוטי הגהות והערות במס' ר"ה), ולהכי כיון דמשמע ליה לר"ד דמיירי בכל הקדשים, ע"כ לא מוקים בשוחט שלא לשמן דא"כ תיקשי בפסח וחטאת ליפטר דהוי שחיטה שא"ר, ולא מוקים בשחט לשם חולין דא"כ ליפטר בשאר הקרבנות (זולת פסח וחטאת) משום דחזרה קרן לבעלים, ואם יתכן דמיירי רק בפו"ח, זה בוודאי דחיקא ליה]:

בסימן פד

[באות ב] כ' ליישב קושיית הש"א בעיסה חליה של עיר הנדחת, והא דאיתא בש"ס בילה [ל"ז:] גבי חבית שלקחו בשותפות דמותרת מטעם ברירה, וכ"כ הרמב"ם [ספ"ה מהלכות יו"ט] ול"א מטעם למפה"ג, דזהו לחלקו של השותף שאינו ברשותו, אבל למי שמונח ברשותו כל החביות אלו לא נוכל לומר למפרע הוא גובה, דעל חבירו לא נעשה שום שיעבוד אליו, וא"כ יאסור הוא להוליך כרגליו, ע"כ אמרינן מטעם ברירה ושניהם מותרים, ומלבד זה י"ל ואין להאריך:

באות ג מ"ש בישוב קושיית קצוה"ח מש"ס סנהדרין, לכאורה יקשה הלא כללא כייל לן אאמו"ר זללה"ה באות הקודם, דלעולם דנין כאילו לא היה המקרה החדשה, א"כ גבי הקדש דקדים לגמ"ד של עיר הנדחת למה נפקיע כח ההקדש מפני גמ"ד של עיה"נ, ועוד גם גבי חמץ למה איצטריך הקרא דלא ימלא לר"ש, משום דאיתיה בעינא, הלא אם אנו דנין דכממון דמי, מחוייב לבערו וליתא בעינא. ע"כ נידון בתר סופו, כמו שכתב גבי עיה"נ. נראה לקושטא מובן היטב דגבי בע"ח דלהלוה לא לו יהיה, רק להקדש או להמלוה, וכיון דהמלוה יש לו זכות מיד בעת הלואה, שבאם יגבה לבסוף יהיה שלו למפרע מיום הלואה, וגם יש לו כח לגבות ע"י ב"ד אם לא ירצה הלוה לתת לו זוזי, וגם עתה שהקדים אם נאמר למה"ג לא יהיה חל ההקדש כלל, רק שע"י ההקדש בא דבר החוצץ שלא יוכל המלוה לגבות, [ועי"ז לא נאמר למה"ג], לכן מסלקינן המקרה החדשה כאילו לא היתה, משום דדנין בתר סופיה, דאם יגבה יהיה הדין למה"ג ול"ח ההקדש כלל, כיון דזכות המלוה קדים, וכן אמרינן גבי עיה"כ כיון דהדבר היה של הבעלים מעיקרא, וגם בעת שהקדים נשאר לו זכות בהחפץ שהוא דבר הגורם לממון ולר"ש כממון דמי, והגוף החפץ הוא שלו לענין זה, [וע' בש"ס ב"ק (ע"א:) וסבר לה כר"ש דדהגל"מ כמ"ד, וז"ל תוס' שם תימא דל"ל למימר דסבר כר"ש לימא דר"מ לטעמיה דלאין דד"ג וכו'. וי"מ משום דר"ש קאמר בהדיא דחייב דו"ה בדהגל"מ אבל ממאי דמחייב ר"מ בדד"ג אין להוכיח שיחייב דו"ה בדהגל"מ, עכ"ל, וד"ק מחוסרים הבנה, ואאמו"ר המחבר ז"ל אמר בימי חורפו לפרש דבריהם בטוב טעם דיש להבין לר"מ דדאין דד"ג וסובר דשורף שטרו ש"ח חייב כשורף חפץ אחר, הכי יסבור ר"מ דיש אונאה לשטרות, אלא בע"כ צ"ל דגם ר"מ מודה דבגרמי ל"ה גופו ממון (לכן אין בשטרות דין אונאה) רק כיון שע"י השטר ישיג את חובו הרי זה כאילו מאבד מאמתחתו את סך הממון שראוי להשיג ע"י שטר זה, וזה כוונת התוס' דאין לחייבו דו"ה בגונב שהכ"ם מבית שומר, משום דהוי לגבי השומר גרמי, כיון דל"ה גופו ממון, רק דנחשוב כאילו הפסידו ממון מאמתחתו, והלא אם יגנב ממנו כסף או ש"כ לא יתחייב דו"ה, דהא אינו נוהג אלא בשור ושה בלבד כדאיתא במשנה ר"פ מרובה, להכי קאמר הש"ס דס"ל כר"ש ואיהו ס"ל דהגל"מ כמ"ד והוי גופו ממון דהא אמר דין זה לענין דו"ה דגונב קדשים שחייב באחריותן חייב דו"ה, וצ"ל דאצל הבעלים מיקרי גופן ממון והוי כגונב שור ושה של הבעלים, והאמנם כי דבר זה כבר כתוב על ס' זי"ר ח"א, אבל לאשר שלא נכתב במקומו רק בחלק או"ח, ע"כ לטובת המעיין הגהתיו הנה], באם ליתא בעינא אזי למפרע הוא שלו, וכיון דכן, עכשיו דאיכא תרתי דסתרי, באם דנין כדיכא דעיה"כ הוי ליתא בעינא, ואי לא דנין הרי הוא של ההקדש, אזלינן בתר סופיה, כיון דמעיקרא היה של הבעלים, לכן גם עכשיו מוקמינן אלנו, שהוא של הדיוט, [ואף אם לא יהיה להבעלים זכות ממון עי"ז, מה לו בכך מ"מ נקרא שם הבעלים על הקדשים, מחמת דמעיקרא היה שלהם וגם עכשיו הוא להם גל"מ, לכן דנין בתר סופיה], אבל גבי חמץ מעיקרא לא היה של ישראל, רק בשביל אחריות נאמר דהוא שלו, לכן אזלינן בתר השתא דאיתא בעינא, אי לאו קרא דלא ימלא:

[ועיין בש"ס סנהדרין שם פקדונות של עיה"נ מותרין, ומסיק כגון דקביל עליה אחריות מהו דתימא כדידיה דמי וכו', ולכאורה מאי ס"ד הלא לרבנן דר"ש ל"א בשום מקום דהגל"מ כממון דמי, ולר"ש באמת אסורין, כאשר הדין בקדשי קדשים שישרפו, ועפ"י הנ"ל ניחא דהש"ס קאי אליביה דר"ש וס"ד שיאסרו משום

דהגל"מ

דהגל"מ, קמ"ל דמוהרין משום דאיתא בעינא, וכקושיית קצוה"ח, והכא ל"ש תירוץ הנ"ל, דהא אדרבה מעיקרא היה של המפקיד לגמרי לכן אזלינן בתר השתא, אכן על הרמב"ם (פ"ד מה' שכו"ש ה' י') יש לדקדק, דגם הוא הביא הרבותא אפילו בקבלו עליהן אחריות, הלא פסקינן כרבנן דר"ש, (וכמ"ש פ"ב מה"ג ה"א), וראיתי בס' תורת חיים שם שהקשה על פקדונות של עיה"ג מפסחים יעו"ש, ודבריו קשים דהתם הוי גזה"כ לא ימצא כמ"ש בש"ס פסחים שם ובפוסקים, משא"כ בכל התורה כולה]:

באות ד כ' וגם רשות הקדש לא נפקע עי"ז וכו'. נראה שהעיר בזה דגם לר"ש לא נאמר דהגל"מ כמ"ד רק היכא דאינו מפקיע בזה זכות של הבעלים שהדבר שלהם לגמרי, ויש לעיין בזה מדברי הש"מ ריש המפקיד בשם הראב"ד [מובא בפנים בסימן י"ג א"ג] שהקשה דלר"ש יהא הכפל להשומר גם אם לא אמר הריני משלם, הרי דהגם דמפקיע בזה זכות הבעלים עכ"ז אמרינן לר"ש דהגל"מ כמ"ד:

[**לכאורה** קשה על הראב"ד דא"כ תופל גם מכירתו של המקדיש בקדשים שח"ב או שומר שחייב בכל האחריות, וזה לא ס"ד כלל דשומר יוכל למכור הפקדון, וגם בקדשים שח"ב מבואר להדיא בש"ס דא"י למכור גם לר"ש, בב"ק (ע"ז:) ר"ל מ"ט ל"א כר"י אמר לך וטבחו ומכרו כל היכא דאיתיה במכירה איתיה בטביחה וכו' והני קדשים הואיל דכי מזבין קדשים לא הויא מכירה וכו', וכללא הוא דלענין דו"ה נקטינן מכירת הגנב כאילו היתה שלו, דא"ה גם בחולין לא יתחייב דו"ה על המכירה דמכירתו אינו מועיל דהוי דבר שלא"ש, אלא ע"כ הגם דהשתא אינו מועיל המכירה שלו, מ"מ כיון דאם הוא היה הבעלים של השור ושה היה מהני המכירה מחוייב הגנב ע"ז דו"ה (ור"ל סובר דלא בעינן אהני מעשיו דהא איהו סובר יאוש קני ולא מיחייב הגנב דו"ה רק לפני יאוש כדאיתא בסוגיין בדף ס"ח) ובע"כ צ"ל דבקדשים שח"ב גם הבעלים א"י למכור אפי' לר"ש דהא אזדי הסוגיא אליביה (וע' בפנ"י ובקצוה"ח סי' שפ"ו סק"ז, ודברי פנ"י צע"ג מדברי ש"ס האלו), ונראה דזה שאין ביכולתו למכור הוא מטעמא אחרינא כיון דחייב לשמור הדבר שלא יאבד ע"י אחרים מכ"ש דזה בכלל חיובו שהוא בעצמו לא יוכל להוציא הדבר מרשות המפקיד או הקדש ע"י מכירתו]:

באות ה חידש דאם המלוה או הניזק רוצה לגבות ממטלטלין והלוה והמזיק רוצה ליתן מעות, ואם לא יגבה המטלטלין יהא פסידא למלוה, הדין עם המלוה והניזק, יש להביא ראיה לזה מתוס' ב"ק [י"ד:] ד"ה פרה וכו' בשם ר"ת וז"ל אבל ביתמי דאי משתלמי מן העלייה הוה פסידא דניזק דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ואי משתלם מגופו יגבה אפי' מיתמי עכ"ל, רק התם לא אמרינן כן, היינו רק ביתומים כדאמרינן בר"פ הנזקין [גיטין נ'] דלא חששו כ"כ לנע"ד לגבי גבי' מהיתומים דאין נפרעין מהן אלא מזיבורית, משום דל"מ אדעתא דמלוה דמית לוה ונפלו נכסי קמי יתמי, וכ"כ ר"ת בעצמו בתוס' כתובות [פ"ו] ד"ה לאשה, אפי' היכא פסידא לגמרי לבע"ח, ולפמ"ש בפנים [סי' מ"ו א"ג] יעו"ש שמביא ראיה מר"ח בתוס' קידושין, לע"ק:

באות ו בראיה מתוס' פ' השוכר את הפועל, הגם שכ' לעיל [בסי' י"ג אות ג] דדברי תוס' הם רק היכא דבעי קנין גמור, דאל"כ כל גזלן ישראל למה מחוייב באחריות הלא משיכה אינו קונה במקח וממכר מן התורה, מ"מ לחיוב אחריות בעינן ג"כ קנין המועיל היכא דאיכא דאה"מ במתנה [זולת לדעת ר"י בתוס' כתובות (ל"א:) ד"ה וברה"ר] וכיון דחזינן דשייך קנין גבי גנב של הקדש שחייב באחריותן, דמחמת הקדש לא נעשה גנב דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה רק כיון שגורם לממון כממון דמי אית ליה לגנב זכיה בגווה להתחייב באחריות. ה"נ מועיל גוביינא דב"ד לקנות לגמרי, [ועיין בפנים ריש סי' ל"ו]:

בסימן פה במ"ש מתוס' ב"מ דהיכא דהוי שואל של"מ ל"ה כאילו כבר נשתמש בשעת משיכה, הגם דזהו לס"ד דש"י צריכה חסרון, אבל לא למסקנא, י"ל דתורה גילתה דוקא בנפקד, אבל לא בחיוב דעלמא, כמו שחילקו הראשונים בכמה נפ"מ ביניהם, וע"ז כ' שפיר, ואף את"ל דרש"י פליג בזה וכמ"ש הש"ז ב"מ [מ"א] תד"ה תרגמה, [מובא בקצוה"ח ריש ה' גניבה], דבזה גם חיוב דעלמא חייב, רק היכא שהגביה ע"מ לחסרה ולשלם לבעלים, בזה בנפקד חייב משא"כ בחיוב דעלמא, אבל הביא ראיה מש"ע דבכה"ג אינו מחוייב משעת הגבהה. א"ז מצאתי במחנה אפרים [הלכות ג' סי' ח"י] שכתב כן בשיטת הראשונים. מה שהקשה על רש"י כיון דהגביה לתשמיש שאין בו חסרון, דא"ל במה שמוריקו מהכלי, עי"ז הוין מתקלקל כיון שהחבית אינה מלא עוד (ב"מ ספ"ג) וכיון דמחסרו מעט שוב נעשה גזלן משעת הגבהה דהגביהה לתשמיש שיש בו חסרון, ז"א דא"כ למה מיקרי היזק שא"כ, הל"א ניכר הוא מחמת הקילקול, ולמה יפטר לגמרי, ואפשר היכא דניכר במקצת חייב על כל ההיזק כמ"ש תוס' ב"ק ל"ח ד"ה מתיב גבי גרמא:

זית רענן ליקוטי חידושי תורה חלק שני

יען כי רבים מתאווים להקשיב ממוצא מתק שפתיו נוטפות מור במילי דאגדתא, ואאמו"ר הגאון המחבר זצללה"ה לא חרת עלי לוח מחידושים אלו, [זולת איזה דרושים נחמדים ועמוקים אשר כתב אז בהקדמה לסזי"ר ח"א], ומעת הפרדו מאתנו ועלה להר הקודש ירושלים ת"ו, [שמונה שנים ויותר לפני פטירתו] לא שמענו ממנו דברי אגדה, לכן נשכחו הרבה, ומעט מזעיר אשר בזכרוני, שיחות נאות ממה שאמר לנו עת היותו עוד אתנו, הנני להנות בהם את אחב"י.

פרשת בראשית (ג' פסוק י"א) ויאמר מי הגיד לך כי עירם אתה המן העץ אשר צויתיך לבלתי אכל ממנו אכלת, ובדרז"ל חולין (קל"ט:) המן מן התורה מנין, המן העץ. ואינו מובן כלל, ויש לפרש בדרך צחות דעל מה ששאל הקב"ה לאדם אם אכל מעץ הדעת, יש פ"פ למינין ואפיקורסים, ואנחנו ידענו כי ישרים דרכי ה', וכמ"ש רש"י בשאלת איכה, ובפרט לפמ"ש בתרגום יונתן ב"ע וירושלמי, אשר מיד בקריאתו רמז לו שעבר על מצות ה', אבל הרשע כי אינו מאמין נתחזק בקרבו בעבור קושיא זאת, וזה שרמזו במתק מליצתם, המן מן התורה מנין, מנין לאפיקורוס [וכינו לרשע אפיקורוס בכל דור ודור בשם המן בדורו] ראיה לרשעתו מן התורה הקדושה בעצמה, שנאמר המן העץ וגו' אכלת, כי למה צריך לשאול על זה:

שם בגמרא, אסתר מן התורה מנין, שנאמר ואנכי הסתר אסתיר. גם זה מקושי הבנה, אכן דידוע מספרים דהנסים שנעשו לאבותינו ביציאת מצרים ובזמן שבהמ"ק קיים, הכל מודים ומכירים כקטן כגדול, אשר מאת ה' היא זאת, ונפלאת היא בעינינו, אולם אח"ז, הגם כי טובותיו וחסדיו ונפלאותיו יסובבו עלינו בכל עת, אבל מלובש בדרך הטבעי, וכמו כן הנס הגדול אשר עשה עמנו בימי מרדכי ואסתר, הוא מעוטף ומכוסה בטבעי, כי אולי הוא מפני אהבה הגדולה אשר אהב אחשורוש לאשתו אסתר נעשתה כל זאת, אבל מי חכם ויתבונן חסדי ה'. וזה שדייקו רז"ל הקדושים, מנין מה"ת הנהגה כזאת שהיה בימי אסתר, שהקב"ה הפליא עמנו, ולא יראה בעיני כל הנס הגדול, [וליכא מידי דלא רמיזא באורייתא], שנא' ואנכי הסתר אסתיר [ודייקו ממה דכתיב להלן] פני ביום ההוא, הלא הישועה מכונה בשם יום ואור, [ולהיפוך בפורענויות לילה], ולמה העמיד זה בתוך העונשים הכתובים שם, אלא דהתורה הורה לנו ע"ז, דאפי' שיהיה יום וישועה לישראל, מ"מ יהיה בהסתרת פנים, וגם זה מכלל העונשים שאין אנחנו מוכשרים שיתקדש שמו הגדול על ידינו בכל העולם, וה"ד ואנכי הסתר אסתיר פני מהם, אפי' ביום ההוא, שיהיה ישועה גדולה לישראל, יהיה בהסתרת פנים, ומתי התחיל הנהגה כזאת, בימי אסתר שהיתה אחר חורבן בהמ"ק תוב"ב:

ובזה מובן בשיר השירים (ב' פסוק ט') הנה זה עומד אחר כתלנו משגיח

משגיח מן החלונות מציץ מן החרכים, דהבדל בין ראיה דרך חלונות, לראיה דרך חרכים, ד"מ אם אדם מביט דרך חלון על חבירו, שניהם רואים זה את זה, אבל מן החרכים הוא רואה את חבירו, אבל חבירו אינו רואה אותו. וכן כוונת הפסוק, ראו נא מה שאנחנו עושים וגורמים בחטאינו הרבים, אשר נעשה מחילה בין הקב"ה לבינינו, כמאמר הכתוב (ישעיה נ"ט) כי אם עונותיכם היו מבדילים ביניכם לבין אלהיכם, וכן איתא בש"ס ברכות (ל"ב:) מיום שחרב בהמ"ק נפסקה חומת ברזל בין ישראל לאביהם שבשמים, שנא' (יחזקאל ד') ואתה קח לך מחבת ברזל ושמת אותה קיר ברזל בינך ובין העיר, ופירש"י סימן למחיצת ברזל המפסקת בינו לבינם. והנה זה עומד, שכינת השגחתו, אחר כתלנו, אשר נעשה על ידינו בעוה"ר, והביטו נא ההבדל, מקדם היה משגיח מן החלונות שאנחנו רואים אהבת ידידותינו כמו מן החלון, ועתה הוא רק כמציץ מן החרכים, אשר הוא רואה אותנו ואנחנו לא ראינוהו, כי הכל בהסתר ומכוסה ומלובש בסדר הטבעי, [ושמעתי כי בהפירוש על פסוק זה כבר קדמוני ספרי דאגדתא]:

שם בפרשת עץ הדעת, בהקדמה לזי"ר ח"א [דף ב'] מבואר לפרש פ' זאת בטוב טעם ודעת:

שם (ב' פסוק י"ח) ויאמר ה' אלהים לא טוב היות האדם לבדו אעשה לו עזר כנגדו, ודרז"ל יבמות (ס"ג) ואמר ר' אלעזר מאי דכתיב אעשה לו עזר כנגדו, זכה עוזרתו לא זכה כנגדו. ומקשים דהא ראינו כמה צדיקים שנפל בגורלם חלק רע, וכמה רשעים בהיפוך. ונראה דהנה נחזי אנן בטבעי האנושית, כמה חילוקים יש ביניהם, כמה בני אדם אשר ע"י מנוחת לבם מבלי משבית ושטנה מוסיפים והולכים בכל יום ויום בעבודת ה' ובתוה"ק, אבל אם מרגוע לא יהיה לו ובפרט מצרת ביתו זו אשתו, אזי מחמת רכות לבו נמס לבו כדונג, ולא קם עוד רוח בהם מפני אשתו, וילך רק בעצלה ואחר שרירות לבו, וישאר בער לא ידע, ועירום מתורה ויראה כיום הולדו ויצאתו מרחם אמו. ויש כמה ב"א אשר אם יחיו על מי מנוחות, אזי בועטים בה' וישכחו את טובתו אשר היטיב עמהם, ויודע את יצרו, ושוכח את יוצרו, ואם האשה היא משחקת לו, ואשה רעה מצא, אזי טבעו מנגד לה, באומרו יום יום אלך בעבדת עסקי עוה"ז, ומה יועיל לי כל זה, [הלא חייו אינם חיים, כדאיתא בש"ס ביצה ל"ב:], טוב לי אשר ארצה להתחזק בכל עוז בתורה ותושיה ועבודתו ית"ש, וה' ב"ה היוצר יחד לבם, מכין לאיש ואיש כראוי לו, מי שזכה מזווג לו אשה שהיא עוזרתו, דהיינו מי שע"י מנוחות לבו ישאר בטובתו, ימצא אשה טובה, ועוד מוסיף בכל עת להיטיב לנר"נ, ולמי שטוב לפניו כי ע"י מרירות לבו יתחזק במעוז לעבוד את צורנו, ישלח לו לביתו אשה רעה, והיא ע"י רעתה תהיה נסבה להיטיבו בעבודתו, ואם לא זכה, הוא להיפוך, מי שע"י אשה רעה מתמעט והולך, יקח לו כזאת והיא מר לו ממות, כי במתים חפשי ולא יוסיף לחטוא, ועל ידה יורש גיהנם בתרי עלמא, ולגבר אשר רק ע"י המנוחה והתענוג ימרוד ביוצרו, אזי אשה טובה יקח, ובין כך ובין כך היא מנגדתו, [שאפי' מעט אשר רוצה לעשות לא יוכל], עד כי יפול בשחת שאולה ר"ל, וכל זה היא מפלאות חכמת הבורא, אשר הוא יודע יצרם:

שם (א' פ"ג) ויאמר אלהים יהי אור, במדרש רבה (סוף פרשה ב') ר' אבהו אמר מתחילת ברייתו של עולם צפה הקב"ה במעשיהן של צדיקים ומעשיהן של רשעים וכו', והארץ היתה תהו ובהו, אלו מעשיהן של רשעים, ויאמר אלהים יהי אור, אלו מעשיהן של צדיקים, אבל א"י באיזה מהם חפץ אם במעשה אלו ואם במעשה אלו, כיון דכתיב וירא אלהים את האור כי טוב הוי במעשיהן של צדיקים חפץ ואינו חפץ במעשיהם של רשעים. ודברי המדרש תמוהים בעיני כל רואה, הכי יעלה על דעת שחפץ במעשיהם של רשעים, הלא כל מלבד התורה הוא במ"ע ול"ת, שלא נעשה רק כמעשה הצדיקים, ואם לאו יענש בחילוקי עונשים, [ואפשר לפרש דהנה אלהינו בראנו לכבודו, ככתוב על יד נביאו (ישעיה מ"ג ז') כל הנקרא בשמי ולכבודי בראתיו יצרתיו אף עשיתיו, ויפול לב האדם לחקור הלא בעת אשר נפרע מן הרשע ג"כ נתקדש שמו, ע"י נקמתו ממנו בפשע פתאום, וכמרז"ל עה"פ נודע ה' משפט עשה, כשהקב"ה עושה דין ברשעים שמו מתקדש ומתירא, ועמ"ש בזה אאמו"ר המחבר זללה"ה בהקדמה לזי"ר ח"א בארוכה, ונלקטה משם עה"פ כל פעל ה' למענהו וגם רשע ליום רעה, דהיינו שגם הרשע הוא למענהו, ביום רעה, שנתכבד שמו על ידו ע"י העונש אשר יענש, א"כ מאי איכפת ליה להבורא אם נתקדש שמו ע"י מעשה הצדיקים, או ע"י גמול מעשה הרשעים, הלא הוא חי וקיים לנצח ויש לו עת מתי שירצה לפרוע ממנו ויתקדש שמו, ורק האיש כי ישמח לעבור על ציווי התורה, באחרונה תהיה לו מרה, מחמת עונשים הקשים. וזהו כוונת המדרש, אבל א"י באיזהו מהם חפץ, דזהו בוודאי כי ענוש יענש האדם על כל חטא ופשע אשר יעשה, רק דיש לשפוט דברצון הקב"ה מעשה טוב ורע שוה, כיון דנקום ינקם ממנו, ויתקדש שמו ע"י הרשע ג"כ, וכיון דכתיב וירא אלהים את האור כי טוב הוי במעשיהן של צדיקים חפץ, כי הוא אל אמונה ואין עול, ורוצה בטובת בניו, שילכו בדרך האמת והאור כי טוב, ולא יענשו]:

פרשת נח

(סוף קאפיטל ח') עוד כל ימי הארץ וגו' יום ולילה לא ישבותו. הנה איתא במ"ר (פ' ס"ד) וישמור משמרתי מצותי חקותי ותורתי, ר' יוחנן בשם ר' יונתן אמר אפי' הלכות עירובי חצרות היה אברהם יודע, תורתי, שתי תורות שקיים אפי' מצוה קלה שבעל פה. ומקשים העולם דהיאך רשאי לשמור ולקיים את השבת דהא כתיב יום ולילה לא ישבותו, וב"נ מצווה על זה באזהרת מב"ד (רמב"ם ה' מלכים פ"י ה"ט), וא"כ אם היה לו דין ישראל רק לחומרא איך עשה במצות שבת, וי"ל שעשה מלאכה ע"י שלוחו שהוא ב"נ, דלפי דינינו אין שליחות לעובד כוכבים, וא"כ לא עבר כלל, ולפי דיני ב"נ יש שליחות מב"נ לב"נ, כדמבואר במ"ר (פ' ל"ד) שופך דם האדם ע"י האדם, דמו ישפך [והוא כדעת המ"ב מובא במג"א סי' תמ"ח סק"ד, ועי' בתומים סי' נ"ב], וא"כ הוי כאילו הוא עשה המלאכה בעצמו, וא"ל דהכתי עבר בשבות דאמירה לעכו"ם וברש"י פ' תולדת כתב דאפי' שבות לשבת שמר אאע"ה, דדעת בעל העיטור הוא שמותר לעשות ע"י עכו"ם מלאכה גמורה שהיא לצורך מצוה, א"כ גם הוא עשה באופן הזה. וביותר י"ל דכל מלאכות שעשה היה לדבר מצוה כדי שיקיים המצוה דיום ולילה לא ישבותו, ומה לי מצוה משאר מצות, או מצוה שיעשה מלאכה, ועי"ז קיים המצוה כיון דיש שליחות מב"נ לב"נ, והגם שהרבה פוסקים חולקים על העיטור, כמ"ש רמ"א (בסי' רע"ו ס"ב), הלא כ"ז צריכין רק להסוברים דיש לו דין ישראל רק לחומרא, ולדידהו אפ"ל דס"ל כבה"ע, אבל אם נאמר דהיה לו דין ישראל אפי' לקולא [ועי' בפרשת דרכים דרוש י"ז שהוכיח כן מאברהם אע"ה], מעיקרא לא קשיא כלל:

[ובדברי המדרש שקיים אברהם אפי' ע"ח, אמר מר הגר"א זצוק"ל, דצ"ל עירובי תחומין, והוכחתו מרישא דקרא דכתיב עקב אשר שמע אברהם בקולי, משמע מצות שתלויים בעקב כגון ע"ת וכיוצא, וע"י ר"ת של ע"ת, נתחלף בטעות, ע"ח, ואח"כ כתבו בפירוש עירובי חצירות. ותורת אמת היתה בפיו, כי כן מצאתי בתשובת רשב"א (סי' נ"ד) וז"ל דע כי אמרו ז"ל קיים אברהם אפי' עירובי תחומין דכתיב וישמור משמרתי וכו', ונראה כי כך היה גירסת הרשב"א במדרש]:

פרשת לך לך

(י"ג פ' ט"ז) ושמתי את זרעך כעפר הארץ אשר אם יוכל איש למנות את עפר הארץ גם זרעך ימנה. לכאורה קשה הלא ראינו אשר אנחנו זרע אברהם מנויים הם בכתוב עמים, אך דשני מספרים הם, בכמות, ואיכות, את מנין כמות הארץ גלוי וידוע לרבים, אבל איכותה א"א לשער, דיש ארץ אשר הזהב מצוי בה לרוב, או כסף, או מיני מתכות אחרים, ויש אשר משמני הארץ נמצא בה, או בע"ח לרוב, לכן לא נוכל לשקול בפלס את חשיבות הארץ האחת כנגד האחרת, כי לכל אחת מעלות שונות, וזהו שבירך ה' יתברך לאאע"ה, אשר אם יוכל איש למנות את עפר הארץ היינו באיכות [דבכמות יכולנו היטב], גם זרעך ימנה, דבבני אאע"ה נמצא אתם מעלות תורניות ומדות חשובות שונות, כמה אשר ירו חצי תבונתם אל מטרת עמוד התורה, וכמה אל עמוד עבודה תמה, והרבה אל עמוד גמ"ח, ומהם בחינות חלוקות, בכמה מדרגות, ויש אשר זכו לשנים ולכל השלשה עמודים, ובעבור זה א"א למנות אותם באיכות, כמו שלא נוכל למנות איכות עפר הארץ:

בתנא דבי אליהו

(אליהו זוטא ס"פ ט"ו) אמר ר' יוסי פעם אחת הייתי מהלך בכרך גדול של מדינה וראיתי את הרשע שהיה רוכב על סוס חשוב מאד, והיו עמו כל גדולי אותו המקום, וראה הרשע תינוקת אחת בת ישראל מוכת שחין ומושלכת באשפה, כיון שראה אותה הרשע מיד ירד מן הסוס והשתחוה לה, מיד כעסו עליו וכו' ואמרו לו לזאת הבזויה אתה משתחוה, מיד אמר להם אל ירע לכם בעיניכם שכל גדולי עכו"ם עתידין להשתחות להם שנאמר (ישעיה מ"ט) כה אמר ה' גואל ישראל וקדושו לבזה נפש למתעב גוי לעבד מושלים וכו', למען ה' אשר נאמן קדוש ישראל

ישראל ויבחרך, עכ"ל בדילוג קצת. ויש לעמוד בזה הרבה, חדא דמה חפץ הרא"ש בזה, לו יהיה שהיה מאמין בדברי הנביאה אמונה שלימה, למה לו להקדים כל כך, הלא דיה לצרה בשעתה, ומה הטיב להם שאל ירע להם, אדרבה מחמת קנאה הגדולה שעתיד לבוא, יעורר מדנים ושנאה עלינו עכשיו שאנחנו בשפלות, ועוד למה הציב העובדא הזאת בספר מה תועלת או לימוד מלא מזה. והנראה דהנה הרמב"ן עה"ת (בתחילת פרשה זאת פסוק ו') העיר לנו כלל גדול, וז"ל ודע כי כל גזירת עירין כאשר תצא מכח גזירה אל פועל דמיון, תהיה הגזירה מתקיימת בוודאי, ולכן יעשו הנביאים מעשה בנבואות, כמאמר ירמיהו (נ"א) שאמר לברוך והיה ככלותך לקרוא את דברי הספר הזה תקשור עליו אבן והשלכתו אל תוך פרת ואמרת ככה תשקע בבל וגו', וכן ענין אלישע בשימו זרועו על הקשת ויאמר אלישע ירה ויור וגו' ויאמר שם ויקצוף עליו איש האלהים ויאמר להכות חמש או שש פעמים אז הכית את ארם עד כלה ועתה שלש פעמים תכה את ארם, ולפיכך החזיק הקב"ה את אברהם בארץ ועשה לו דמיונות בכל העתיד להעשות בזרעו, ולכן אמר לו הקב"ה לאברהם אשר יעבור בארץ. והוא ענין גדול הזכירוהו רבותינו בדרך קצרה ואמרו כל מה שאירע לאבות סימן לבנים, ולכן יאריכו הכתובים בסיפור המסעות וחפירת הבארות ושאר המקרים, ויחשוב החושב בהם כאילו הם דברים מיותרים אין בהם תועלת, וכולם באים ללמד על העתיד עכ"ד הרמב"ן, הרי למדנו מד"ק של רבינו הרמב"ן שע"י שנעשה פועל דמיון כל שהוא יהיה יתד לחזק ולקיים את דברי הנביאות לעתיד ולדורי דורות. והנה זה לעומת זה עשה אלהים, בהיפוך וחליפות כה להם, אשר נביאי הבעל ידעו לפעמים עתידות מסטרא דמסאבותא וע"י כישוף, ע"י דמיון כל שהוא נתבטל נביאותם ויהיה כאפס ואין, כמו דמצינו בפרעה שראה באיצטגנינות שלו שכוכב עולה לקראת ישראל במדבר וכסבור שהוא סימן דם והריגה, וזהו שאמר כי רעה נגד פניכם, ונתהפך לדם מילה שמל אותם יהושע (מדרש מובא ברש"י פ' בא) וכיוצא בו מצינו גם בשאר מקומות, מעתה כשרצה הקב"ה שתתקיים נבואת ישעי' הנ"ל [ולא יגרום החטא לבטלה], ובמאי תתקיים הלא פועל דמיוני קשה בזה הרבה כמובן, ונתן בלב הרא"ש הנ"ל, אשר באמת לא האמין בנביאים אמתיים שלנו, וחשב דבריהם כהבלים כאשר היה ע"י כישוף [ח"ו], והתחכם וירד מן הסוס והשתחוה לה, ואמר לחבריו אל ירע בעיניכם, שאלמלא אעשה כזאת היום יראתי שאולי באמת יתקיימו דברי ישעיה ונהיה לחרפות ולדראון, ולכן תקנתי זאת בעיני לעשות עתה כן, והתועלת יהיה בזה שבעבור כן יתבטל דברי הנביאה, כמו כל דברי נביאי השקר [ח"ו], אשר ברמז כל דהו נתבטלו דבריהם, ועתה רק אני לבדי עשיתי כזאת ומעשה שחוק הוא בעיני, וחבריו הקשיבו לדבריו כי ישרים הם. ובאמת היה לתועלת ולטובה גדולה לנו, שע"י שהיה פועל דמיונו יהיה יסוד וקיום לדברי הנביאה, ואע"פ שיתמהמה חכה לו. ולזה הועתק העובדא הנפלאה הזאת על ספר, למען נדע מזה ונחזק את לבנו הנכאה, וישרים דרכי ומעשי ה' בדרך אשר פושעים יכשלו וטעו בו, ע"י הדרך ההוא צדיקים ילכו מעלה ויצליחו כהנ"ל:

פרשת וירא

(י"ח פסוק כ"ה) חלילה לך מעשות כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע חלילה לך וגו'. להבין כפלות הלשון, הוא, דיש ב' מיני צדיקים בעולם, הא' מי שהוא צדיק טוב בעיני ה' ואדם, ומי שטוב לשמים לבד (קידושין מ'), המין הב' מי שהוא רק לפני בני אדם אשר יראה לעינים לצדיק יחשב אבל ה' יראה ללבב יודע כי מלא מרמות ותוך, וזהו שנשא אאע"ה בחן שפתיו, להמית צדיק אמיתי עם רשע חלילה לך גם מבלעדי תפלתי, והיה כצדיק מי שהוא רק בדמיון לצדיק בעיני האדם [ולכן אמר בכ"ף הדמיון], שוה בעונש לרשע, הגם כי שורת הדין כן הוא, אבל חלילה לך, מחמת חילול שמו הגדול, כי יאמרו הבריות השופט כל הארץ לא יעשה משפט, לפי שבעיניהם לצדיק ובר לבב יחשב [וע' בפירש"י]:

שם (כ' פסוק א) ויסע משם אברהם ארצה הנגב. ובפירש"י שם למה נסע אברהם אז, [ומחותני חביבי המופלג הותיק וכו' מוה' יעקב זאב זצל"ה אמר בזה, יען כי אברהם אבינו ידע היטב אשר עתיד להצמיח מלכות בית דוד מזרע של לוט, לכן יסוככהו באהבתו תמיד, שגם בעת הפרד לוט ממנו ע"י מריבה, אמר לו אאע"ה כי תמיד יהיה לעזר ומגן לו (פ' לך י"ג פ"מ וברש"י שם), והוא שעמד לו בעת המלחמה של כדרלעומר עם מלך סדום ושבה לוט, וירק את חניכיו והצילו, ובמהפכת סדום נמלט בזכותו (כמ"ש רש"י לעיל י"ט פ' י"ז) וברח אליו, וכל זה עשה אאע"ה למען הפק הדבר אל הפועל, וכיון שראה שכבר נתקיים מחשבתו בעת שהוליד מבתו את מואב (ומבואר במדרש ה"פ כ"א שכ"ז היה בזכותו של אאע"ה, אמר ר' יהודה ב"ר סימון ור' חנין בשם ר' יוחנן בנותיו של לוט הולכות לעבור עבירה ונתפקדו באיזהו זכות בזכות מואב מי אב שנאמר באברהם כי אב המון גוים נתתיך), א"כ למה זה לו להתקרב אצלו עוד, לכן מיד ויסע משם אברהם להתרחק ממנו]:

שם (כ"ב פסוק ב) ויאמר קח נא את בנך את יחידך, ועמדו המפרשים על מלת נא, כי למה צריך לבקש ממנו, וכי אותו צדיק אברהם אע"ה לא יעשה ציווי הקב"ה מבלי בקשה. והנה יש לתרץ דבהכרח היה ע"י בקשה, אבל לעשות ציווי עליו בהחלט, כביכול, היה מבלתי אפשרי, דמבואר במס' מגילה (פרק א' משנה י') זה הכלל כל שהוא נידר ונידב קרב בבמה [היינו במת יחיד], וכל שאינו לא נידר ולא נידב אינו קרב בבמה [רק בבמת ציבור], ובאמירת אלהים אל אברהם להעלות את יצחק בנו לעולה, ומזבח עודנו לא היה אז, רק אברהם יבנה את המזבח בעצמו, [וכאשר עשה], והמזבח הזה היה רק דינו דין במת יחיד, וכאשר היה רק ע"י בקשה, והבחירה נשארה חפשית אצלו ומנדבת רוחו הקדוש והטהור הקריב את בנו יחידו, רשאי להקריבו על במה שלו, כי נדבה הוא, אבל אם מצווה ועומד היה מאת ה', לעשות זאת ולהקריב בנו לעולה, איזה בית ומזבח אשר יבנה לזה, הלא על במת יחיד אינו רשאי להקריב, מה שאינו בנדבה. ועפ"ז מיושב הקושיא אשר הקשו, כי מה נסיון היה מאאע"ה, אשר שמע בקול ה' לרצות בנו על המזבח, הלא גם הקטן במדריגה, אם אמר יאמר היה לו לעשות כן, לא יסרב חלילה, אכן זהו אם היה ע"י ציווי החלטית, אזי יעשה רצונו של הקב"ה, כי אם לא יעשה כן ענוש יענש בכפלים, ולקח אלהים אותו ואת בנו, לא כן עתה אשר שמע בקול ה' כי איננו חיוב כלל, רק בקשה, ומי זה האיש אשר לו רוח טבעי, להקריב בנו על מזבח בנדבה, ובפרט בנו יחידו אשר אהב, ואחד היה אברהם אע"ה, אשר למען עשות נ"ר לה' ית"ש, כי ביקש ממנו למלאות רצונו, השליך כל אהבות האב מנגד, וילך בשמחה, וזהו הנסיון הגדול, [ובהקדמה לזית רענן ח"ר מבואר בדרוש ג' בפ' עקידה בדרך עמוק ונעים]:

פרשת חיי שרה

(כ"ד פסוק מ"ז) ואשאל אותה ואומר בת מי את וגו' ואשים הנזם על אפה, ובפרש"י ז"ל, שינה הסדר שהרי הוא תחילה נתן ואח"כ שאל, אלא שלא יתפשוהו בדבריו ויאמרו היאך נתת לה ועדיין אינך יודע מי היא. ובאמת קשה למה נתן לה מקודם שידע בת מי היא, ועוד הכי מפני שלא יתפשוהו יוציא אליעזר מפיו דבר שקר חלילה, ובפרט כי יפה שיחתן של עבדי אבות לפני המקום מתורתן של בנים כמ"ש רש"י לעיל מיניה (פסוק מ"ב) בשם המדרש, ובוודאי טהורים שיחתן ושכולה אין בהם מאומה, [ויש לפרש בזה דהנה מה שנתן לה הנזם והצמידים של זהב מגיע לה מחיר משכורתה אשר השאיבה מים בעדו ולכל גמליו מן העין, שזהו עבודה רבה, והגם שהיא לא עשתה רק מעט שהמים עלו לקראתה, יש חילוק בעבור מה היה הנס, אם היה למען ידע אליעזר כי היא אשר הוכיח ה' אותה ליצחק (דהיינו אם תהיה ממשפחת אאע"ה) אזי ממילא אין מגיע לה רק שכר מועט כי עבודתה מעט מזעיר, אבל אם לא תהיה ממשפחתו אזי לא היה הנס בשביל זווגם, רק בשביל טובתה בלבד, כדי שתהיה לה טירחא מועטת, ומשמיא הוא דרחימו עלה להקל עבודתה ופועל ידיה. ולמה יגרע משכורתה מאשר פועלים העובדים עבודה רבה כזו בפועל ידיהם ויגיע כפם, ול"ד למי ששכר פועלים להשקות שדותיו ואתא מטרא דהוא פסידא דפועלים (ב"מ ע"ז), דהתם ירד הגשם לתוך שדהו של בעה"ב ולא הוצרך עוד למלאכת הפועלים לכן הוי פסידא דידהו, משא"כ הכא דהיא עשתה עבודתה, רק עפ"י נס הוקל מעליה, ומה שפועל אחר צריך לעשות בכמה שעות, נתברכה היא במעשה ידיה לעשות בזמן מועט, אמרינן מזלה הוא דקא גרים, (וע' תוס' שם מה שחילקו בין אריס לפועל), ולהכי גם קודם שידע אליעזר שהיא ממשפחת אברהם נתן לה, דממנ"פ יצא שלה דאם איננה ממשפחת אברהם אע"ה מגיע לה חלף משכורתה דהנס היה לטובתה, ואם יודע שהיא ממשפחתו ואין מגיע לה שכירות רק מעט, הלא בזה ידע אשר ראויה היא ליצחק, ויהיה שלה בתורת מתנה וסבלונות, ולכן דבר אמת היתה בפיו של אליעזר דלא נתן לה במתנה רק אחר שנודע לו שהיא ממשפחתו של אדונינו אאע"ה:

ועוד יש להמתיק דאם נימא שנתן לה בתורת מתנה, תקשי מניין לו לאליעזר ליתן

ליתן מתנות, ועוד דאינו מועיל המתנה כיון שרבקה היתה קטנה, והגם דבדאח"מ מהני, עיינה תקשי לסמ"ע הקצוה"ח (סי' רע"ה סק"ד) בדעת הטור והרא"ש דבעכו"ם ל"מ דאח"מ, ואז בוודאי היה לרבקה דין ב"נ, אלא משום שבירות קנתה כמ"ש האחרונים דאפי' בשופה דל"מ דאח"מ מ"מ בשבירות זכה, כיון דמגיע לו חוב, והוכיחו מתוס' סנהדרין (ס"ח:) תד"ה קטן, ובשבור שבלוגות מסתמא יש לו רשות מאברהם, והכי דל"מ מסתמא כשתבא לביתו תעשה כדין]:

במדרש רבה (פרשה ס"ב) כד דמך ר' אבהו אחזי ליה תלת עשר נהרי אפרסמון וכו' אמר אילין דאבהו ואני אמרתי לריק יגעתי וגו', עמ"ש בזה בהקדמה לזי"ר ח"ר (בסוף דרוש ג בפ' עקידה:

פרשת תולדת

(כ"ז פסוק כ"ז) ויגש וישק לו וירח את ריח בגדיו, ודרז"ל סנהדרין (ל"ז) אל תיקרי בגדיו אלא בוגדיו, שאפי' ריקנין שבך מלאין מצות כרימון. ולהסביר דבריהם הקדושים בפשטות, דהלא כתיב בגדיו, נראה דמבואר במדרש רבה (סדר אמור פ' ל') ד"א פרי עץ הדר אלו ישראל מה אתרוג זה יש בו טעם ויש בו ריח כך ישראל יש בהם בני אדם שיש בהם דברי תורה ויש בהם מעשים טובים וכו'. וערבי נחל אלו ישראל מה ערבה זו אין בה טעם ואין בה ריח כך הם ישראל יש בהם בני אדם שאין בהם לא תורה ולא מעשים טובים, ומה הקב"ה עושה להם, לאבדן אי אפשי, אלא אמר הקב"ה יוקשרו כולם אגודה אחת והן מכפרין אלו על אלו. ומובן מדברי המדרש דאם הע"ה מחוברים לת"ח בשמיעת קולו כפי אשר יורם בחקי התורה [דאל"כ לא יתחבר הת"ח עמהם] אזי גם להם יש תקוה, ולזה יש לכנותם בשם בגד, כמו הבגד צריך להיות דומה לגוף הלובשו, כ"כ הם צריכין להשוותם עם דעת הת"ח. ועתה נחזה, דהקרי בוגדיו הוא על כוונה אחת עם הכתיב בגדיו, ולא שינו חז"ל מהכתוב כלל, אלא שהוכיחו מהכתיב, דהיה קשה לרז"ל למה כתיב וירח, הלא אין לך ריח רע יותר מטנוף העזים, אלא שכל מעשה אבותינו הקדושים היה לדורי דורות, כמבואר בסה"ק, וכמ"ש לעיל בפ' לך בשם הרמב"ן, [ועי' בס' עשרה מאמרות לרמ"ע מפאנו (מ' א' כ"ח סי' ט') שכתב ובמעשה המקלות ליעקב אבינו יש בו פועל דמיונו לבירור הנשמות מכור הברזל כדכתיב ויתן פני הצאן (כמעשה לאן אדם שאמר יחזקאל) אל עקוד זה יצחק, ועפ"ז מובן מ"ש בזוה"ר בתפלה המתחלת למען תמים בדורותיו למען קדש שאת ברכה, מיחם במקלות בשקתות המים, דמאי זכות היה בזה, ולפי דעת הרמ"ע נכון מאד] וכמו כן ראייתם היה עד כמה דורות הבאים אחריהם, וראה יצחק אבינו ע"ה אשר מיוצאי ירכו יריחו אם יהיה בבחינת בגד לשמוע דברי חכמים, ואפי' אם מעצמם הם בוגדים אין בהם לא טעם תורה ולא ריח מעשים טובים, מעלים ריח טוב עי"ז ומתכפרים. ועיין בש"ס סנהדרין שם, דמיד אחר מאמר ר' זירא דא"ת בגדיו הביאו המעשה אשר ר' זירא הוה מקרב תרי בריוני דהוו בשיבבותיה כי היכי דנהדרי להו בתיובתא, וכן עלתה בידו, וזהו מכוון היטב לדברינו אלו: [עוד שמעתי מאאמו"ר המחבר זצללה"ה להבין איזה א"ת] בש"ס סוף ברכות אמר ר"א אמר ר' חנינא ת"ח מרבים שלום בעולם שנאמר וכל בניך למודי ה' ורב שלום בניך אל תקרא בניך אלא בוניך, דהנה מכת הת"ח המרבים שלום, הוא אשר החזיקו במידת הענוה ויכבדו לכל איש ואיש וקוראים אליהם לשלום, ומעלת עצמם הקטינו, והמון עם אשר לא יבינו זאת, כסבורים הם, בשעשועי הת"ח עמם לפרקים, ויכבדום מאד, נדמה בעיניהם, אשר הת"ח הוא רק ניצל משכיל יחשב, והם העיקר של העולם, ולזה אמר ר"ח האמנם שהם הת"ח במידת ענוה יאחזמו, וכן ראוי להם, ועי"ז מרבים שלום ויכבדו לאחרים כבן אל אביו שנאמר ורב שלום בניך, אבל אתם תדעו האמת ואל תקרא להם בניך שהם הבנים שלך ואתה העיקר, [ועי' פירש"י פ' בלק (כ"ד פ"ג) שהגדול נתכנה בשם אב והקטן ממנו הוא הבן], אכן תקרא להם בוניך, שהת"ח הם היסוד של העולם, ובגללם ובזכותם יברכך ה' לעשות חיל:

עוד במשלי (ג' פסוק ט') כבד את ה' מהונך, ובפירש"י שם אל תקרא מהונך אלא מגרונך. ונראה לפרש דידוע דהאדם צריך להיות הצנע לכת בכל מדות טובות אשר אתו, ככתוב (מיכה ו' פ"ח), אכן זהו במדות צדקה וכיוצא שהסתר והגלוי שווים לקיום תכלית המצוה, מהראוי להסתיר בשביל שלא להתיהר, אבל בתורה דעיקר קיומם אצלו ע"י שמשמיע קולו, כדאיתא בעירובין (נ"ד) ערוכה בכל ושמורה, אם ערוכה במאתים ומ"ח איברים שלך משתמרת ואם לאו אינה משתמרת, תנא תלמיד אחד היה לו לר' אליעזר שהיה שונה בלחש, לאחר ג' שנים שכח תלמודו, ובפרט מי שלומד תורה ברבים או כי ינוב בתוכחת חיים א"א בהסתר ובחשאי, רק בפרהסיא, וחכמות בחוץ תרונה כתיב, וזה שאמרו ז"ל כבד את ה' מהונך, מה שתכבד אותו מהונך בצדקה וגמ"ח, אלו אל תקרא, רק קיים אותם בהצנע האפשרי, אלא מגרונך, מה שתכבד לה' מגרונך בתורה ועבודה ולהשמיע תהלותיו בקול ערב אשר חנך ה', זאת תקרא בגלוי, כי מבלעדי זאת א"א לקיימם:

שם (כ"ז פסוק מ') והיה כאשר תריד ופרקת עולו מעל צוארך. ולפי פשוטו מוקשה, ועמ"ש בהקדמה לזי"ר ח"א (בדרוש ב' סוף אות א'), רק להרחיב קצת הוא, דלעולם קאי על עשו שדיבר יצחק עמו, ולהכי קאמר בלשון נוכח דגם כאשר תריד באחיך ופרקת עולו מע"ל [ותדמה בעיניך כי אתה תמשול בו ותרדה בו בפרך] ואתה תמשול בו, אולם במקורם ושורשם של השתלשלות השפע תדע שהכל קשור וצרור באחיך וזרעו, ועל"פ יצאו ועל"פ יבואו, וקאי כל זה על מה דמסיים לעיל, ואת אחיך תעבוד שזה לא יושבת ולא יופר לנצח אפי' כאשר תריד ופרקת עמע"ל, דמ"מ כל התחלקות השפע והברכות יהיה על ידם לבד במקורם ושורשם:

פרשת ויצא

(ל"א פסוק מ"ג) ויען לבן ויאמר ליעקב הבנות בנותי והבנים בני והצאן צאני וכל אשר אתה רואה לי הוא. קשה מאד מה ראה לבן להוציא על רוח שפתיו שקר מפורסם כזה, ובשגם כי יעקב אע"ה החריש לו, ומדשתיק הודה לו, ואנחנו לא ידענו מה זה ועל מה זה, ונראה לפרש כי כל ברכה אשר שורה באדם, הוא רק על היש, אשר נמצא כבר מעט מזה אצלו, אבל באם אין לו כלל אין מקום לברכה לחול, כמ"ש בזוהר הקדוש מובא בע"ז (ריש ה' חנוכה), והנה הדבר היש הוא המסבב לברכה, והברכה היא המסובבת מהיש הנמצא, ונחקורה נא איזהו העיקר, ונרדה לדעת זאת מהא דאיתא בש"ס קידושין (מ:) וכבר היה ר' טרפון וזקנים מסובין בעליית בית נתזה בלוד נשאלה שאלה זו בפניהם תלמוד גדול או מעשה גדול, נענה ר' עקיבא ואמר לימוד גדול, נענו כולם ואמרו לימוד גדול שהלימוד מביא לידי מעשה, הרי כיון שהלימוד הוא המסבב להמעשה הוא העיקר. ולכן טענת לבן היה בהשכל, הגם שהרכוש אשר רכש יעקב, מאת ה' היתה נסבה ויברכהו ה', אבל אילו לא היה לו מעט מבית לבן לא היה לברכה מקום לחול, דהא מגרמיה לית ליה כלום ורק במקלו עבר את הירדן, ובא לביתו ריקן כמו שפירש"י פ' וישלח (ל"ב פסוק י"א), ולז"א הצאן צאני, הצאן שהיה לך בראשונה היה ממני, וגם הברכה שברך ה' את רכושך לא היתה שורה עליך מבלעדי צאני, כמ"ש הזוה"ק, מסובב מזה, וכל אשר אתה רואה לי הוא, ועל שמי יקראו, כי ראשית המסבב אני, והוא העיקר, ולכן לא יכול יעקב אע"ה לענות לו ע"ז ולהתווכח עמו:

פרשת וישלח

(ל"ב פסוק י"ב) הצילני נא מיד אחי מיד עשו. וקשה כפל הלשון, ועיין בפירש"י, [ואיפשר לומר, דידוע דליעקב לא טוב להיות לו קרבות רב עם אחיו הרשע, וכאשר לבסוף שאמר נסעה ונלכה לא רצה יעקב וגו', ולזה התפלל על שניהם, דאם יתעורר אצלו רחמנות הטבעי בשלימות, ותבער בקרבו אהבת האחוה מאד, וירצה להתנהג עמו כשני אחים יחדיו, הצילני נא מזה, ואם ישאר בשנאתו אשר שטם עליו וינהג עמו כעשו הרשע, מזה ג"כ הצילני, כי ירא אנכי אותו וגו']:

במדרש רבה (פרשה ע"ו) אמר ר' יודן אמר לו המקום שוב אל ארץ אבותיך אעפ"כ ויירא יעקב מאד, אלא מכאן שאין הבטחה לצדיק בעוה"ז וכו', ועי' פירושו בהקדמה לזי"ר ח"א (דף ד'):

פרשת וישב יעקב

(ל"ז), ברש"י שם הביא המדרש, ביקש יעקב לישב בשלוה קפץ עליו רוגזו של יוסף, אמר הקב"ה לא דיין לצדיקים מה שמתוקן להם בעוה"ב אלא שמבקשים לישב בשלוה בעוה"ז. ולהבין דברי המדרש, ולידע הפלאה זו מה היא, כי למה לא ימלא ה' לצדיקים ולא יעשה רצון יראיו, אשר ישבו עולם בימי מנוחות ושלוה, בזה ובבא, ועוד היכא רמיזא באורייתא זה הדרש. והנה הצדיקים גמורים אינם מבקשים הנאת עוה"ז כלל, ותענוגי עוה"ז אינם כדאי להם, כאשר מלא בספרים הק' מזה, אך אם ידעו בטח כי יקבלו שכרם בעולם הנצחיי, אזי שוש ישישו ותגל נפשם מאלפי זהב וכסף, וזהו מרומז במלת וישב, דתיבת ישב (בציר"י) הוא עתיד והוי"ו מהפכת לשעבר,

וידוע

וידוע אשר כתבו הטעם במלות כאלה דלכן לא נכתב העבר בפירוש, יען כי נכללו בה, העבר והבא, וכמו כן כאן, למה לא נכתב ישב (בקמץ), רק כולל יחד העבר והבא, והוא כי מחמת שישב * בשלוה לעתיד בעוה"ב [וכמאמרם ז"ל ספ"ק דב"ב שהטעים לו הקב"ה מעין עוה"ב], גדלה אצלו השמחה כל כך עד שכבר ישב בעוה"ז במנוחה ושלוה, ולכן נכתב וישב (בציר"י), אולם מתנאי * עוה"ב הוא שאינו זוכה לזה רק ע"י יסורין (ברכות דף ה'), ואם יהיה לבם בטוח בשכר עוה"ב, שוב לא יהיה להם יסורין, כי יסורי עוה"ז כאין ואפס נחשבו אצלם נגד תענוגי עוה"ב אשר יקבלו לעתיד, וזה יהיה ח"ו להם למכשול אשר יאבדו בעבור זה שכר העתיד, מה עושה הקב"ה, מפיל חבלי שינת עולם עליהם, שיהיו נאחזים בספק אשר לא יאמינו בעצמם שהם עתידים לקבל משכורתם בעוה"ב, ועי"ז כי מבלים ימיהם ביסורים, ע"כ מקבלים שכרם לעוה"ב בשלימות, וזה היה ביעקב, שסימן היה מסור בידו שבאם לא ימות א' מבניו בחייו לא יראה פני גיהנם (רש"י לקמן פסוק ל"ה), וכאשר קפץ עליו רוגזו של יוסף, נפל עליו אימה ופחד שלא יהיה חלילה מנוחלי גיהנם, ועי"ז נפסקה כל מנוחתו בעוה"ז, אשר שמח נפשו בשכר העתיד. ועתה מובן דברי המדרש היטב, ביקש יעקב לישב בשלוה בעוה"ז, בעבור כי ינחל את עוה"ב (ונרמז במלת וישב כהנ"ל), קפץ עליו רוגזו ש"י למען יהיה נבוך שגם עוה"ב לא יהיה לו, כפי הסימן שהיה מסור אצלו. והטעם על זה אמר הקב"ה לא דיין לצדיקים מה שיקבלו בעוה"ב, אלא שמבקשים לשמוח בעוה"ז במה שיקבלו בעוה"ב, הלא עוה"ב אינכו בא רק ע"י יסורין, ועי"ז שמחתם כה, יכולים לגרום שמחתם לשוא יהיה, לכן קפץ עליו רוגזו ש"י, [ובפ' ויגש נכתב עוד מזה]:

ברש"י (שם פסוק ח"י) ויתנכלו אתו להמיתו, אותו כמו אתו עמו כלומר אליו. ודבריו הקדושים מוקשים מאד, ונראה לפרש דהנה בסוף פ' ויקרא כתיב והשיב את הגזילה וגו' או את הפקדון אשר הפקד אתו, דע"כ אין הפירוש כמו אתו בכל מקום, רק כמו אליו, להשיב את הפקדון אשר הפקד אליו, ובמגילת אסתר (ו' פסוק ג') ויאמרו נערי המלך משרתיו לא נעשה עמו דבר, דג"כ אין לפרש מלת עמו רק כמו אליו, ועתה לשון רבינו רש"י מזוקק שבעתים, אותו כמו אתו הכתוב בסדר ויקרא, עמו הכתוב במגילה, מפורשים אליו, כן הכא כמו פירושו ויתנכלו אליו, [כן שמעתי בשם מרן הגר"א זצוקללה"ה, וש"י מד"נ]:

שם (פסוק כ"ח) ויאמר יהודה אל אחיו מה בצע כי נהרוג את אחינו וכסינו את דמו. קשה להבין הלא כל הורג נפש מה ממון מרויח בזה ורק לנקום נקמתו בא. ואמרתי לפרש בדרך פשוט, ויתיישב ג"כ לשון וכסינו את דמו, דלכאורה ק' להבין דמאי נפ"מ אם יכסו או לא, ולאשר שמעתי שכבר כתוב על ספר אהל יעקב, ע"כ לא הגהתיו. ול"נ כי כל מחלוקת יוסף עם אחיו בדבר אכילת אמ"ה היה, שאכלו מן המפרכסת ואיפלגי בהאי דינא דפליגי תוס' ורמב"ן אם האבות ובניהם שהיו קודם מ"ת היה להם דין ישראל גם לקולא, הוא סובר שהיה להם דין ישראל רק לחומרא, ומן הדין אסור לב"נ לאכול מהמפרכסת כי לדידהו במיתה תליא מילתא, ולדידן בשחיטה (חולין ל"ג), והם אחזו שורת הדין שיש להם דין ישראל גם לקולא, [כמבואר בארוכה בפרשת דרכים], והנה ידוע מדברי חז"ל דמה שעלה על לב השבטים הקדושים להורגו, לא היה על דרך רציחה ח"ו לשפוך דם נקי וצדיק, רק שרצו לדונו ע"פ דין [דמחמת חטא לה"ר נתחייב מיתה, וכמ"ש רז"ל (קי"ח) כל המספר לה"ר ראוי להשליכו וכו'], והגם שהיו קרובים אחים מן האב, אך הלא ב"נ נהרג ע"פ קרובים ובלא התראה [רמב"ם ספ"ט מה' מלכים], וזהו טענת יהודה ממנ"פ אם כדברינו מה תכלית יש בהריגתו, הלא אחינו, ואין דין בקרובים, ואם כדבריו ויש לו דין ב"נ הלא גם לנו דין ב"נ ואינו מחוייב מיתה כלל, דהנכון עמו מה שדיבר שאכלנו אמ"ה, ואנחנו מחוייבי מיתה אכן, וממילא דאין להאשימו בשאר הוצאת דיבה עלינו, כיון דמותר להתגרות ברשעים בעוה"ז (מגילה ו':) ק"ו במי שהוא רשע למות:

ובזה מובן בפ' מקץ (מ"ב פ' י"ח י"ט) ויאמר אליהם יוסף וגו' את האלהים אני ירא, אם כנים אתם אחיכם אחד יאסר בבית משמרכם, ושם (פסוק כ"ד) כתיב ויקח מאתם את שמעון. והנה למה בחר בשמעון, ולא ירא אלהים אם יקחהו, דידוע דירא אלהים הוא, דאפי' בדבר שהמעט ברור בעיניו להיתר ירא ומחמיר לעצמו, ולכן יוסף התחיל להסתפק דאולי הדין כדבריהם והוא חטא בנפשו שדיבר עליהם לה"ר, ובפרט שראה בעת שמכרוהו שאין אוכלין אמ"ה, וניחא נמי דברי המדרש מובא ברש"י [תחילת פרשה זו] ובשלשתן לקה וישחטו שעיר עזים במכירתו ולא אכלוהו חי, דמאי לקותא שייך בזה, האם הוא חפץ שיאכלו אמ"ה, אבל לגבי צדיקים אם נודע להם שטעו או חטאו במשקל דעתם, רע בעיניהם יותר מאשר הכו גיום במכות אכזריות, וע"כ מיד חשב בנפשו כיון שאין אוכלין אמ"ה, אולי מה שאכלו מן המפרכסת כדין עשו, או שנוהגין הם בדין, עכ"פ לא טוב עשה בדבתו לאביו עליהם, ולכן אמר את האלהים אני ירא, אולי האמת אתם, לכן אתם לכו לבית אביכם, רק אחיכם אחד יאסר והוא שמעון, כיון דהוא נשא את הכנענית כמבואר בתורה פ' ויגש (מ"ו פ"י) א"כ איהו ממנ"פ חטא, דאם החזיק דיש להם דין ישראל גמור אפי' לקולא למה נשא כנענית, ואם יש להם דין ישראל רק לחומרא, וכיון דקיימו התורה רק מחמת חומרא, מחמת מצות פ"ו הקיל לעצמו ולא החמיר, למה אכל מהמפרכסת וכהנ"ל, וכיון דאיכא תרתי דסתרי אהדדי ל"ש להחמיר מחמת יראת אלהים, ואדרבה המחמיר בכזה כסיל בחשך הולך (עירובין ז'), וכעין זה ראיתי בס' פרשת דרכים בדרך לדקה (דרוש י"ז) שתירץ דברי המדרש פ' שמות על הפסוק ותחיין את הילדים, שפרעה בא לכן בטענת ממנ"פ אם יש להם דין ישראל לא נצטוו על העוברין ויכולין להמית הוולדות במעי אמן, ואם יש להם דין ישראל רק לחומרא, למה רצאים להחיות את הוולדות בהספקת מים ומזון, הלא אם אינם בנים למקום ישאר שאלת טורנוסרופוס הרשע את ר"ע, ותשובת ר"ע בש"ס ב"ב (י') הוא רק מפני שאנו קרוים בנים, יעו"ש:

פרשת מקץ

(מ"ב פ' ל"ו) ואת בנימין תקחו עלי היו כלנה. לכאורה ק' דשפת יתר הוא דמי לא ידע אשר הצער והיגון של מיתת הבנים הוא על האב. ונראה דהנה אז כבר עבר על יעקב אבינו ע"ה כמה צרות, בעת אשר היה עוד סמוך על שלחן אביו יצחק אע"ה, נשטם מאת אחיו ורצה להרגו, ועי"ז הוכרח לברוח לארץ אחרת, מקום אשר לא עבר שם מעודו, ובהיותו עלי הדרך שלח עשו את בנו שיהרגהו, ורק אחר רב תחינה הניח לו בחיים, ועכ"ז לא נתקררה דעתו עד שלקח מאתו את כל אשר היה לו ונשאר בעירום ובחוסר כל, ובא בידים ריקנות לארץ נכרי לבית לבן הארמי, ונתענה מאד תחת ידיו שנים רבות, וכאשר רצה לילך בחזרה אל ארץ אבותיו הוכרח לברוח מביתו בלתי ידיעתו, ובהיותו עלי הדרך ירא מאד ויצר לו מפני עשו אחיו ומחמת יראה פייסו ורצה אותו במתן רב עד שהשביע עיניו של אותו הרשע והשתחוה לפניו ארצה שבע פעמים, ורבתה עיגום נפשו הקדושה על אשר הוצרך לכל זה (רש"י פ' וישלח ל"ב פ' כ"ב בשם המדרש), וטרם בואו וגשתו קרוב לאחיו פגש בו שרו של עשו ויאבק עמו ויגע בכף ירכו ותקע כף ירך יעקב, וזה היה הכל בעבור עשו, ואח"כ כשבא אל ארץ נושבת וישב יעקב בארץ מגורי אביו קפץ עליו רוגזו של יוסף ויאבל עליו כ"ב שנה וימאן להתנחם. וכאשר נשילה נראה ונבין שמכל אלו הצרות הודיעה לו רבקה אמנו ע"ה באמרה אליו אחר שחרד יעקב שיצחק אע"ה יקלל אותו, עלי קללתך בני, (פ' תולדות כ"ז פסוק י"ג), ולפום מה שאנו מפרשים בפשטא שכוונתה שלא יקלל אותו, קשה למה אמרה בלשון הזה מדוע לא אמרה לא יקללך, אבל יש להטעים בהיפוך בכוונתה דגילתה לו שיבואו עליו צרות ויגונות, ופרטה לו את כל הצרות שימצאו אותו, ותו לא, וזהו שאמרה אליו עלי קללתך בני, קללתך וצרותיך יהיו רק מה שנרמז במלת **עלי**, הייינו צרת **ע**שו וצרת **ל**בן וצרת **י**וסף, ומלת עלי הוא ר"ת. ולפ"ז נכון מאד לפרש דברי יעקב אע"ה עלי היו כלנה, דאחרי שהשבטים לא הביאו את שמעון ואת בנימין רצו ליקח, היה יעקב מקונן ע"ז ואמר ושמעון איננו ואת בנימין תקחו, הלא **עלי** היו כולנה, פי' הלא אמי הודיעה לי ברוח הקודש שבה שלא ימצאוני צרות רק הנרמז במלת עלי, הייינו עשו לבן יוסף, ומכיון שיוסף איננו כבר סבלתי כל הצרות שהיו עתידים להיות לי. רק אח"כ כשהשיבו אליו בזמן מועט ולא הצטער אודותם רק מעט, ראה שדבר אמת היה בפיה של רבקה אמנו ע"ה, שלא היו לו צרות רק מעשו ולבן ואודות יוסף, אבל מקודם היה מתאונן ע"ז, [כן שמעתי בשם מרן הגר"א זצוק"ל, וש"י מד"נ]:

שם (מ"ד פ' י"ט) אשר ימצא אתו מעבדיך ומת, וגם אנחנו נהיה לאדוני לעבדים, ויאמר גם עתה כדבריכם כן הוא אשר ימצא אתו הוא יהיה לי עבד ואתם תהיו נקיים. והקשו בזה איך אמר

כי

כי כדבריהם כן הוא, ומיד אמר להיפוך, ועוד הלא מלת עתה נראה כמיותר לגמרי. ונראה דהנה הטעם אשר משורת הדין, חבורה שנמצאת גניבה ביד אחד מהם כולם נתפשים, כי מי יודע, ויכול להיות אשר יד כולם במעל הזה, ועפ"י עצתם והסתם נעשתה העולה הזאת, אבל כשיוודע בבירור, אשר כולם נקיים מעון, בלתי הגנב לבד, בוודאי הוא לבד ישלם או יענש, ולכן אמר גם עתה טרם נמצא הגביע, שורת הדין, אשר כן הוא כדבריכם, שכולם נתפשים, מחמת ספק, אך אשר ימצא אתו, לאחר מציאת הגביע, ואדוני נחש ינחש בו וידע מי הוא הגנב, ומי אשר נקי מזה, בוודאי יוציא לאור משפטכם, אשר רק המוצא הוא יהיה עבד, ואתם נקיי כפים, תהיו נקים, [כה שמעתי מפי אאמו"ר הגאון המחבר זצללה"ה שהוא שמע כן בשם אבי אמו הגאון מוה"ר זאב זצללה"ה, ודפח"ח]:

פרשת ויגש

(מ"ו פסוק ל') ויאמר ישראל אל יוסף אמותה הפעם אחרי ראותי את פניך, ורש"י עמד ע"ז, ונראה דעפ"י מ"ש לעיל בפ' וישב עיי"ש, יש לפרש גם כאן, דכעת כי נודע לו בבירור אשר ראה בעיניו כי עוד יוסף חי, השכיל מזה, כי כל רוגזו של יוסף בא עליו, בעבור זה אשר לבו יפחד באבידת העוה"ב, ואחרי אשר יעקב אבינו ע"ה ראה, אשר השמחה בעוה"ז בעבור גמול הגלאי לא טוב, ויירא אולי עתה יחזור לשמחתו ויגרר לו הפסד עוה"ב, לכן אמר אמותה הפעם, בטרם יחזיק בשמחתו. ובזה יתבאר היטב בתהלים (קכ"ו) שיר המעלות בשוב ה' את שיבת ציון היינו כחולמים אז ימלא שחוק פינו, אז יאמרו בגוים הגדיל ה' לעשות עם אלה הגדיל ה' לעשות עמנו היינו שמחים וגו', וכמעט כל הקאפיטל מוקשה, א) אמרו היינו כחולמים, למה נמשל הגלות לחלום, ב) כפילות הדברים, אז ימלא שחוק פינו, ואחר אמרו אז יאמרו בגוים הגדיל, חזר ושנה היינו שמחים, ועוד יש לעמוד בדקדוקים ואין מן הצורך לפורטם. והנה מבואר במרז"ל מסכת ברכות (דף ה') תניא רשב"י אומר ג' מתנות טובות נתן הקב"ה לישראל וכולן לא נתנן אלא ע"י יסורין אלו הן תורה וארץ ישראל והעוה"ב, ובפרט לקיבוץ גליות, וככתוב על יד נביאו (ירמיה ל"א פ' ח' ט') הנני מביא אותם מארץ צפון וקבצתים מירכתי ארץ וגו' בבכי יבואו ובתחנונים אובילם, ואם נשמח כעת כל הימים בעבור שנזכה לגאולה ונעשה כל הימים כחגים ומועדים, זהו סתירת יעוד הטובה הבאה, כי הוא רק ע"י יסורין. ועתה מתוק הבנת הכתובים, בשוב ה' את שיבת ציון אז ישכיל כל אחד אשר התלאה המוצאת אותנו היה כדי לסבב לנו את כל הטובות המיועדים, ולולא כן לא היינו יכולים לבוא ולהשיג את כל השכר הזה, והמליץ הדבר היינו כחולמים, כמו מי שחלם לו חלום רע ע"י צערו נתבטל החלום ונתהפך לטובה, ומי שחלם לו חלום טוב ע"י שמחתו בזה בטל החלום, כדאיתא בש"ס ברכות (דף נ"ה) אמר רב חסדא חלמא בישא עציבותי' מסתייה, [ופירש"י ז"ל דיו עצבונו מה שאדם מתעצב עליו מבטל את החלום] חלמא טבא חדוי' מסתייה [לבטל החלום ע"י שמחתו] אז ימלא שחוק פינו, ובמה אשר אז יאמרו בגוים אשר יראו בנחמות וכל הטובות של ישראל, הגדיל ה' לעשות עם אלה, אלו הגדיל ה' לעשות עמנו היינו שמחים מכבר עוד בזמן הגליות, כי כבר ידעו ישראל מזה ומאמינים בזה באמונה שלימה, וזהו אשר ימלא שחוק פינו, על דבריהם ומאמרם, כאשר הקדים, כי היינו כחולמים, אלמלא היינו שמחים מכבר, אזי לא זכינו לכל הטובות האלה, [ואחר זה מסיים ומורה לנו את הדרך אשר נלך בה, האמנם כי טוב לנו לבקש ולהתפלל בבכי ובתחנונים על הגאולה, אבל לא זו לבד דיו, רק כל איש ואיש צריך לסגל עצמו בתורה ובמע"ט כפי יכלתו, ובפרט במצות צדקה שמקרבת את הגאולה (ב"ב י') ומצינו שצדקה קרויה זריעה, וזהו שאמר הזורעים, עתה בגלות ע"י מצות צדקה ושאר מדות תורניות, וגם הם בדמעה על הגליות כללות אחב"י וגלות השכינה, יזכו אשר ברנה יקצרו לעתיד ויקבלו את שכרם חלף עבודתם, וגם בעוה"ז שכרו ידוע אשר יתברכו בעשירות, כמרז"ל עשר תעשר עשר בשביל שתתעשר, אולם מי שהלוך ילך ובכה לבד, שזה כל עשייתו לבכות שיזכה לראות הגאולה, ומאן ימאן לתת צרור כספו לאחיו הנצרכים והוא נשא משך הזרע, את אשר צריך לזרוע לצדקה ומעשר, ישא לעצמו, אז ענוש יענש, בא יבא מי שהוא ברנה, ויקח ממנו אלומותיו בע"כ, כמבואר במרז"ל (שם ט') עכשיו שאין בהמ"ק קיים אם עושין צדקה מוטב, ואם לאו באין ונוטלין עכו"ם בזרוע]:

פרשת ויחי

(מ"ח פסוק ז) ואני בבואי מפדן וגו'. ברש"י שם כשגלה אותם נבוזראדן והיו עוברים דרך שם, יצאת רחל על קברה ומבקשת עליהם רחמים שנא' (ירמיה ל"א פ' ט"ו ט"ז י"ז) כה אמר ה' קול ברמה נשמע רחל מבכה על בניה והקב"ה משיבה [כה אמר ה' מנעי קולך מבכי ועיניך מדמעה, כי] יש שכר לפעולתך נאם ה' [ושבו מארץ אויב, ויש תקוה לאחריתך נאם ה'] ושבו בנים לגבולם, והנה במדרש אגדה מובא ברש"י ירמיה שם, שהלכו אבות ואמהות לפייס את הקב"ה על שהעמיד מנשה דמות בהיכל ולא נתפייס, נכנסה רחל אמרה לפניו, רבש"ע רחמי מי מרובים, רחמיך או רחמי בשר ודם, הוי אומר רחמיך מרובים, והלא אני הכנסתי צרתי בתוך ביתי, שכל עבודה שעבד יעקב את אבא לא עבד אלא בשבילי וכשבאתי ליכנס לחופה הכניסו את אחותי, ולא די ששתקתי אלא שמסרתי לה סימני אף אתה אם הכניסו בניך צרתך בביתך שתוק להם וכו', ויש לפרש תשובת הקב"ה אליה, איך תדמי את שתיקותך אלי, הלא אתה יש לך תקות שכר לכן סבלת אז, מה שאין נופל אלי, ולכן כה אמר ה' מנעי קולך מבכי ועיניך מדמעה, ומה תצעק אלי, הלא יש לי להשיב על ק"ו שלך, כי יש שכר לפעולתך נאם ה' אשר אין הקב"ה מקפח שכר כל מדה נכונה, אבל על כל זה אל תתיאש עצמך מן הרחמים לבניך, והכל תלוי בתשובה, והמסבב לזה אשר כל איש מבני ישראל ידע את מעלת תפארת נשמתו אשר היא חלק אלוה ממעל, ולמה ועל מה שולחה ע"פ תבל, ויכיר אל מה יהיה תשוקתו ובמה יתכבד, ורק בקיום התורה והתעודה ישמח נפשו, וגם ידע ערכו אשר מחוייב הוא לשמוע אל דברי ת"ח ולהטות אזנו לקול תוכחתם, אז ישבו לבם לשוב אל ה' בכל לבבם ובכל נפשם, וזהו שנא' ושבו מארץ אויב ויש תקוה לאחריתך נאם ה', רק בתנאי ושבו בנים לגבולם, שידעו את גבולם, כי לא אל מחמדי תבל שולחו הנה רק יתאוו תאוה אשר נאות לבני ישראל לבוא בזה אל תכלית הנלאי, וכאשר הוכיח יעקב אע"ה את בניו שמעון ולוי אחים, למה חמסתם מברכת עשו, הלא אתם יש לכם גבול אחר, וגם הקטן יכיר גבול וערכו נגד הגדול ממנו בתורה ויראה, ואז יהיה פתחון פה למיחלים לה', אשר קול תוכחתם יכנסו בלבות העם, ויתהפך הכל לטובה:

שם (מ"ט פ"ד) פחז כמים אל תותר כי עלית משכבי אביך אז חללת יצועי עלה. כוונת הפסוק מוקשה להבין, והנראה, דמבואר בש"ס ב"מ (דף פ"ז) עד יעקב אבינו לא הוה חולשא, ולפי דעת אנושי יש לצדד בזה, אם רעה היא לבני אדם שיחלו ויגיעו עד שערי מות ויתיסרו ביסורי החולי, או טובה גדולה הוא, למען לא ימות פתאום ואיש איש כערכו יתקן עוד מה שחסר עודנו בבריאתו, ולמען יצוה לבניו ולבני ביתו אחריו, והנה יעקב אבינו שיכל במחשבתו כי איך יפלא פה להוכיח את ראובן בנו על שבילבל משכבי אביו ואמר אם אחות אמי היתה צרה לאמי שפחת אחות אמי תהא צרה לאמי [כמרז"ל שבת נ"ה] אולי ברור במחשבת ראובן שהחולי לבני אדם טרם הסתלקותם רעה הוא לגבייהו, ועתה למה נגרע יעקב אבינו אשר הוא חולה, בוודאי הוא על עון זה שהקיל בכבודה של אמו לאה, כי אין יסורין בלא עון, ובפרט ביסורין כאלו שהוא היה הראשון, ועוד לא הוקרה לכולא עלמא כזאת, ועון אחר לא היה עם יעקב [וכאשר באמת גם זה לא היה עמו] לכן הוכיח אותו, כי אדרבה טיבותא היא לדידהו שיחלו מקדם וכמרז"ל [ב"מ שם] אשר יעקב אע"ה בעא רחמי על זה, והוה חולשא, וזהו שאמר פחז כמים, אשר יסתלק האדם מן העולם בחפזון מהר כמים, אל תותר, לא יעלה במחשבתך, שזהו היה למעליותא לדידהו אשר עד עתה לא הוה חולי בעלמא, רק נהפוך הוא, ומחמת תפלת יעקב נעשה זאת, וכי עלית משכבי אביך, אשר שכב על ערש דוי הוא לעילוי וטובה, אז תדע אשר חללת יצועי עלה, ולא יהיה לך שום ראיה להצדיק, כי החולי שלי טיבותא היא לי, ולכל העולם, למען לא ילכו פתאום מבלי הכנה וצדה לדרך:

שם (מ"ט פ' י"ד ט"ו) יששכר חמור גרם, וירא מנוחה כי טוב ואת הארץ כי נעמה ויט שכמו לסבול ויהי למס עובד. ולהבין עומק הכתוב, הוא, כי כל איש אשר יודע באמת למה שלח אלהים את נשמתו היקרה משמים ממעל אל הארץ מתחת, כי היה לכבודו של הקב"ה לעבדו ולשמור תורתו הקדושה, וזאת כמעט אי אפשר למלאות בשלימות בעת אשר יקיפו עליו טרדות הזמן ועול הרחיים על צוארו, וע"כ שגור בפיו אשר ה' יהיה בעזרו ויגמר עליו צרכי בניו כי יעשיר וירבה עליו כבוד ביתו, ואז ישב על מי מנוחות התורה

התורה והמדע, אכן רבות מחשבות בלב איש, אם הטרדות האלו יתמו לבלתי היות לשנה יתחדשו עליו מניעות אחרות, או עודנו באבו יקטף חלילה בטרם ינוח מראשית טרדותיו, כמבואר בשה"ק אשר מקרי הזמן תמיד לא יחשו מהאדם וטרדות העולם אינן פוסקות וחדשים לבקרים, ומי האיש החכם ויתבונן כל זה, ויראת ה' דופק בקירות לבו, מתי יעשה הוא לביתו, הורה לנו תוה"ק [ועצת ה' היא תקום], כי למה לו לעמול תחת השמש, עד אשר יהיה מוצלח בכל דרכיו ואז ישב במנוחה, והיא לא תצלח, כי כמה ספיקות יש בזה, אין טוב לפניו רק לעבוד עם עצמו לאט לאט, כי ישליך מנגד את אשר יבקש גופו העכור, ויתקשט עצמו להיות סבלן ויספיק לו מעט אוכל ומעט שינה ומעט כבוד, ומדת הקנאה יגרש הלאה, וזאת היא התכת הכתוב, יששכר חמור גרם אשר עסקו רק בתורה יומם ולילה, זכה וזיכה את הרבים, היאך זכה לזה, וירא מנוחה כי טוב, ובלעדה לא ירים איש את חושיו המושכלות לעבוד את ה', ולעומת זה ראה את הארץ כי נעמה, ורבו תשוקותיה פעם לזה ופעם לתשוקה אחרת עד אשר יבלה ימיו בנעימות הארץ להתקשט בהם, ולא יצא לחפשי מהם, מה עשה ויט שכמו לסבול, ויהי למס עובד, שעבד עם עצמו, אשר הכל יסבול ויבקש רק ההכרחי ואז מי יפירנו לעשות רצון קונו ויהיה ציר נאמן לשולחיו:

פרשת שמות

(פסוק כ"א) ויהי כי יראו המילדות את האלהים ויעש להם בתים. ופירש"י בתי כהונה ולויה כהונה ולויה מיוכבד, איתא בש"ס ברכות (ל"ג:) אמר רבי חנינא הכל בידי שמים חוץ מיראת שמים שנאמר ועתה ישראל מה ה' אלהיך שואל מעמך כי אם ליראה את ה' אלהיך, [עמ"ש בהקדמה לזי"ר ח"ר לפרש זה הפסוק היטב], אטו יראת שמים מילתא זוטרתא היא וכו' אין לגבי משה מילתא זוטרתא היא, וכולם עומדים בזה הכי בשביל דלגבי משה אשר לא קם עוד נביא כמוהו היה יראה דבר קטן משום שהיה במדריגה גדולה שבגדולות, יאמר נא לישראל, שגם אצלם הוא דבר קטן. ויש להטעים זאת דהנה ממתן שכרה של מצוה ומהעונש על העבירה אתה למד עד כמה תגדל העבודה כזאת בעיני ה', וכמ"ש הרמב"ם באבות (ריש פ"ב) דלכן הזהיר רבי הוי זהיר במצוה קלה כבחמורה, שאין אתה יודע מתן שכרן של מצות, שאם אנו היינו יודעים שכרן היינו יכולים להבין איזהו חמורה ואיזהו קלה, השכר הגדול להחמורה והקטן לקלה, כמו שהוא בחייבי לאווין שהעונש עליהם ידוע בתורה וחלוק בשמונה מדריגות יעו"ש, אבל אנחנו לא ידענו את השכר של מצות עשה, לכן נחלץ חושים במצוה קלה כבחמורה, לקיימה בכל דקדוקיה ופרטותיה, וכיון שראה משה רבינו אשר בעבור כי יראו המילדות את האלהים ניתן להם שכר ויעש להם בתים שהוא נולד מיוכבד, והאיש משה עניו מאד, ונדמה בעיניו לשכר קטן בעבור מצות יראת ה', ולכן הכריע מזה שיראת ה' מצוה קלה היא על האדם בלא יגיעה, משום דאין מגיע תמורתו רק שכר מועט, וזהו שארז"ל אין לגבי משה מילתא זוטרתא היא, לפי שהחזיק עצמו בקטנות מאד [כמדומה לי שאאמו"ר המחבר זללה"ה אמר זאת בשם רב גדול אחד נ"ע], אבל אנן דידעינן את גדולת מרע"ה, נלמוד מזה כמה מצוה גדולה היא יראת אלהים, ומה על כל מצות בשביל שא"י מתן שכרן צריכין ליזהר, וע"א כו"כ שצריכין ליזהר בזה מאד מאד, כיון דידענו מתן שכרה הרב שנולד משה רבינו בעבור זה, וגדולה המצווה ועושה ממי שאינו מצווה ועושה (ב"ק ל"ח), דהמילדות לא היו מצווים בזה, ואנחנו שמצווים בוודאי יהיה לנו שכר הרבה מאד, וכ"כ המדרש (סדר כי תשא פרשה מ') ויאמר לאדם הן יראת ה', אמר ר' חייא בר אבא מהו הן יראת ה', אמר האלהים אם היו לך מעשים טובים אני נותן לך שכר, ומה שכר תורה וכו' מהיכן אתה למד מיוכבד ומרים בעת שיראו מהאלהים, כדכתיב ותיראן המילדות את האלהים, אמר ר' ברכיה בשם ר' חייא בר אבא שכר היראה תורה, שמיוכבד העמיד הקב"ה את משה וזכה שתכתב התורה על שמו וכו' עכ"ד המדרש:

ולהבין קצת במושכל, איך יוכל להחזיק עצמו קטן מכל אדם אשר ע"פ האמת, הלא ראה וידע אשר הוא רבן של כל ישראל, וכולם למדים רק ממנו. אבל נחזה הדמיון, בשני עשירים ואחד מהם הוא גביר עצום, והשני יש לו מעט נגדו, היתפאר העשיר הקטן על הגדול, אם הוא איש חלוש ובני ביתו מדוכאים ביסורין, והרופאים וסממני הרפואה עמהם תמיד, ובכל שנה ושנה יוציא עליהם הון רב, וישבח עצמו בזה אשר הוא עשיר גדול יותר ממנו כי פזר נתן לרופאים, אבל מחבירו העשיר לא הרויח הרופא רק מעט מזעיר בכל שנה, ובאמת, מעות גם שבח אין לו בזה, דהוא בעבור חלישותו צריך לרפואות, וחבירו העשיר אשר הוא בריא אולם, מה לו ולהם, זולת לפעמים במקרה, וע"כ די לו במעט אשר נותן להם, כן בתוה"ק אשר ארז"ל בראתי יצה"ר בראתי לו תורה תבלין (קידושין ל"ו), ולעומת אשר היה קטן בעיניו בתכונת מדות נפשו, וכאשר יצרו הרע גדול מאד, ולכן צריך לתבלין מרובים והרבה תורה נגד כל ישראל, אשר מחזיק אותם בכל מדות טובות לכן די להם בתורה אשר ילמדו ממנו, [ולפ"ז מובן בריש פ' וילך ויאמר אלהם בן מאה ועשרים שנה אנכי היום לא אוכל עוד לצאת ולבוא, ופרש"י היום מלאו ימי ושנותי, ביום זה נולדתי ביום זה אמות, לא אוכל עוד לצאת ולבא, בדברי תורה, מלמד שנסתמו ממנו מסורות ומעיינות החכמה, כיון שלפי ענותו הרבה מאד, זולת כי יחנן במעינות התורה הרבה מאשר לכל ישראל, א"א לו לחיות מחמת יצה"ר, וכיון שנסתמו מעינות החכמה ממנו למה לו חיים, ואמר מלאו ימי ושנותי:

במדרש רבה שם (סוף הפרשה) וז"ל קרא את יהושע אמר לפניו רבש"ע ישול יהושע שררה שלי (ממשלה שלי) ואהא חי אמר הקב"ה עשה לו כדרך שהוא עושה לך וכו', יצאו להלוך הלך משה לשמאלו של יהושע נכנסו לאהל מועד ירד עמוד הענן והפסיק ביניהם משנסתלק עמוד הענן הלך משה אצל יהושע ואמר מה אמר לך הדיבור, א"ל יהושע כשהיה הדיבור נגלה עליך יודע הייתי מה מדבר עמך, אותה שעה צעק משה ואמר מאה מיתות ולא קנאה אחת, ושלמה מפרשה (שיר השירים ח') כי עזה כמות אהבה קשה כשאול קנאה וכו', והיתכן שהיה למרע"ה מדת קנאה ח"ו, אכן עבר בו רוח קנאת יראת ה' (משלי כ"ג פסוק י"ז) כיון שלפי מדת קטנות שבו מכל האדם, כל חיותו היה בשביל שעשיר בתבלין והרבה סממני הרפואות שיש לו, דהיינו חכמת תוה"ק כפי אשר יוכל שאת כח האנושי, כמ"ש רז"ל (ר"ה כ"א) עה"פ ותחסרהו מעט מאלהים, שרק השער הנו"ן לא קיבל שא"א להשיג, וכתבו שנרמז במלת (מעט) מ"ט שערי בינה, והע' שבעים פנים לתורה, את כל זה ידע מרע"ה, וע"כ נח נפשו, שבזה ינצח היצה"ר, ודי בזה, כיון שא"א לאדם להשיג יותר, ואין הקב"ה בא בטרוניא עם הבריות במה שא"א להם, אבל עתה שראה שיהושע משיג יותר ממנו, ירא לנפשו הקדושה מחמת שהחזיק עצמו לקטן ודל נגד כל האדם, ואיך יוכל לכבוש את היצר הגדול הזה, וגם רפואת התורה חסר לו, זה היתה קנאתו, וקשה כשאול קנאה שקנאתו היה מיראת שאול ח"ו. ומבואר נמי סיום דברי המדרש שם כיון שקיבל עליו למות, (ולא התרעם על יהושע כלל, כי עזה כמות אהבה שאהב משה ליהושע רק התקנא בהשגתו הגדולה), התחיל הקב"ה לפייסו אמר לו חייך בעוה"ז הנהגת את בני אף לעתיד לבוא על ידך אני מנהיג אותן וכו', הודיע לו הקב"ה אשר כל תורתו שהשפיע עליו ולא על זולתו, איננו כאשר הוא סבור שהוא מחמת יצה"ר הגדול בקרבו, דהלא לעתיד לבוא יופסק היצה"ר לגמרי (סוכה נ"ב), ואעפ"כ יהיה הוא המנהיג, הרי שבאמת גדול הוא מכולם בתכונת ומדות נר"נ הקדושים והטהורים, וקודם שקיבל עליו למות לא רצה להודיע לו זאת, כי אז בשלה יראתו מיצה"ר, וקנאת כבוד העוה"ז המדומה שהיה יהושע גדול ממנו לא היה בו כלל אף אפס מנהו, ולא יתרצה למות רק יבחר בחיים ויהיה כתלמיד של יהושע, אבל כבר גזירה הוא מלפניו, לכן אחר שקיבל עליו למות בישר לו הקב"ה בזה]:

שם (קאפיטל ג') בשליחות הקב"ה למשה, עמ"ש בזה דרוש נעים ועמוק בהקדמה לזי"ר ח"א (בדף ג' ע"ב):

פרשת וארא

במכת הצפרדעים (פסוק ה' ו') ויאמר משה לפרעה התפאר עלי למתי אעתיר לך ולעבדיך ולעמך להכרית הצפרדעים ממך וגו' ויאמר כדברך למען תדע כי אין כה' אלהינו. והנה קשה בתרתי, חדא דלמה לא חש פרעה להנצל מיד ממכה כזו אשר בתוך מעיהם מקרקרין הצפרדעים, ועוד למה אמר משה רבינו דאם יהיה למחר ידע כי אין כה' אלהינו, וכי באם יהיה מיד לא יהיה נס, ובוודאי ידע ויכיר מזה אמונת השם ב"ה. אמנם כי הדבר הנעשה בכישוף יש לו זמן מוגבל שיתקיים ואח"כ יופסק הדבר מעצמו, ופרעה חשב במחשבתו הרעה כי גם מכת הצפרדע היה ע"י כישוף, מפני שהחרטומים העלו ג"כ את הצפרדעים [וכל הפוסל במומו פוסל], ועתה שאמר משה רבינו התפאר עלי למתי אעתיר, התחכם פרעה בערמה, שבוודאי ידע משה אשר היום יופסקו מעצמם כל כחות הכישוף אשר עשה בזה, ומסתמא יאמר פרעה שיופסקו ממנו היסורים מיד היום, והוא יתפאר בזה שתפלתו עשתה זאת, לכן אמר למחר, כי גם מבלעדי תפלתו יופסק היום, והיסורים לא יהיו לו, ויתראה בפני הכל שכמעשה החרטמים

כן

כן מעשהו [ח"ו], ועל זה השיב משה רבינו, דהכך טוב בעיני, כי הוא ידע האמת אשר רק מעשה ה' הוא, ולא יופסקו היום וגם לא למחר, כי מעשיו יש להם קיום לעולם, רק ברחמיו ובתפלתו יסירם ממנו, אז ידע כי אין כה' אלהינו, ולא יוכלו לחשוב עוד שגם מה שנפסק למחר היה בעבור שמעשה הכישוף שעשה היה להם הגבול עד למחר, כי איך לא היה ירא משה, אשר פרעה יאמר כי מיד היום יסירם ממנו כפשוטו, או יאחר הזמן ליום השלישי:

פרשת בא (פסוק י') ויאמר אלהם יהי כן ה' עמכם כאשר אשלח אתכם ואת טפכם. ובפשטות קשה וכי לקללם הוא בא כמו שלא ישלח את טפם כן לא יהיה ה' עמהם, ומיד אחר זה אמר לכו נא הגברים ועבדו את ה'. ונראה דהנה ידוע כי אחד מעיקרי העבודה היא המנוחה מבלי משבית [ועמ"ש לעיל בפ' ויחי], ובפרט מבניו הקטנים, ועוד יותר אם הוא בדרך אשר לגדולי האנשים קשה עליהם הטורח [וממעטת את השם ופירש"י במדרש פ' לך מובא במפרשים שם שממעטת יראת ה'], ואם יקח עוד את טפו עליו דרך המדבר, לא יניחוהו אף רגע אחת לחשוב מחשבת עבודת הקודש רק תמיד עליו כל צרכיהם, וזהו שאמר פרעה כאשר אשלח אתכם ואת טפכם, יהי כן ה' עמכם כאשר בוודאי לא יהיה, [וכדרך דאמרי אינשי], כי זהו תרתי דסתרי, ראו כי רעה נגד פניכם, במה שאתם מבקשים לעבוד את ה' במדבר, ויקחו איש את יוצאי ירכו הגדולים עם הקטנים, הלא הם בבירור יטריחוכם בצרכיהם המרובים מבקר עד ערב, לכן איעצכם לכו נא הגברים ואז תוכלו לעבוד את ה', כי אותה אתם מבקשים לצרכי עבודה, ואם אינכם מתרצים בזה הוא למופת כי אתם רק לצאת חפשי בחרתם, ולכן תקחו את כל אשר לכם, ע"כ ויגרש אותם מאת פני פרעה:

שם (י"א פסוק ב) דבר נא באזני העם וישאלו איש מאת רעהו ואשה מאת רעותה כלי כסף וכלי זהב, ואמרו רז"ל (ברכות ט') אמרי דבי ר' ינאי אין נא אלא לשון בקשה וכו' שלא יאמר אותו צדיק [ופירש"י אברהם] ועבדום וענו אותם קיים בהם ואח"כ יצאו ברכוש גדול לא קיים בהם. והקושיא ידועה וכי בלתי אמירת וטענת אברהם, חלילה לא יקיים הקב"ה את הבטחתו, ההוא אמר ולא יעשה ודבר ולא יקימנה. אכן דכל תכלית גלות היה כדי שיזדככו ע"י יסורי וגלות השיעבוד ויהיו ראוים לקבלת התורה, וכאשר מיד בשליחות הקב"ה את משה לפרעה, גלה לו זאת, אשר בהוציאך את העם ממצרים תעבדון את האלהים על ההר הזה, וכמו כן באמירת הקב"ה לאברהם אע"ה כי גר יהיה זרעך בארץ לא להם וגו' ואח"כ יצאו ברכוש גדול, טובתו בקבלת התורה, שהיא טובה חכמה מפניים וכל חפציך לא ישוו בה [ונראה שאיך יכסה מאברהם אוהבו את הרכוש העיקר ויגלה לו מהרכוש המדומה, ועוד שכל עיקר הקיום שקיימו האבות את התורה, היה רק בארץ, וכמ"ש הרמב"ן עה"ת דלכן נשא יעקב שתי אחיות, וע"כ בישר לו הקב"ה בקבלת התורה] לכן קיים דבריו מבלי שיהיה להם כסף וזהב, רק אל קבלת התורה היא תשוקתו, אבל מ"מ כדי שלא יאמר אותו צדיק ועבדום וענו אותם קיים בהם, בגופם, באבריהם הגשמיים אשר עבדו בהם בפרך, ואח"כ יצאו ברכוש גדול לא קיים בהם תמורת עבודתם, כי הגוף העכור אינו מרגיש הנאה בדברים הרוחניים:

במצות קרבן פסח (סוף קאפיטל י"ב) לא תוציא מן הבית מן הבשר חוצה ועצם לא תשברו בו. ויש לדקדק דלמה בלאו דהוצאה כתוב בלשון יחיד ובלאו דשבירה בלשון רבים, וי"ל שבכאן רמזה התורה לנו דינו של הירושלמי פ' כיצד צולין ויודא אמר יש שובר אחר שובר ואין מוציא אחר מוציא, וכ"פ הרמב"ם (פ"ט מה' ק"פ ה"א ובכ"מ שם ובפ"י ה"ד), ולהכי כתיב לא תוציא בלשון יחיד דאם אחד הוציא שוב אין השני חייב, ובשבירה בלשון רבים, דגם אחר ששבר הראשון חייב גם השני על שבירתו, [כן ראיתי בשם הגאון מהור"ש זלמן מווילנא זללה"ה]:

בפרשת קדש לי כל בכור (י"ג פסוק ה') והיה כי יביאך ה' אל ארץ הכנעני וגו' אשר נשבע לאבותיך לתת לך וגו' והגדת לבנך ביום ההוא לאמר בעבור זה עשה ה' לי בצאתי ממצרים וגו' כי ביד חזקה הוציאך ה' ממצרים, ובפ' והיה כי יביאך (פסוק י"א) כאשר נשבע לך ולאבותיך וגו' ואמרת אליו בחזק יד הוציאנו ה' ממצרים וגו' כי בחזק יד הוציאנו ה' ממצרים. ויש לעמוד דלמה שינה בלשון, בפ' ראשונה כתיב אשר נשבע, בעבור זה עשה ה' לי, כי ביד חזקה, ובפ' שניה כתיב כאשר נשבע בכ"ף הדמיון, ואמרת אליו בחזק יד, תשובה אחרת [ודברי חז"ל ידועים שלעיל היא תשובה לבן רשע וכאן לתם], כי בחזק יד, ולפרש את זאת בפשטות. נקדים, דהנה מלבד הנסים ונפלאות שעשה ה' ית"ש בהוציאנו ממצרים, לשדד המערכת. היה קטרוג גדול משרו של מצרים הללו עובדי ע"ז וכו', ולא שעה ה' אל דבריהם, בעבור ישמרו בניו את תורתו אחר כי יוציאם משיעבוד גלות מצרים, וגם מה שהשביע לאבותינו לתת לנו את הארץ היה רק בתנאי זה אשר אנחנו נשמור לעשות ככל הכתוב בתורת משה, כמבואר בתוה"ק כמה פעמים, ובפרשה שניה של ק"ש, ובתהלים (סוף קאפיטל ק"ה) כוללם יחד, אשר יצ"מ ונתינת הארץ היו בעבור ישמרו חקיו ותורתיו ינצורו, אולם גם בשמירת וקיום התורה ישנם כמה מדריגות, ואם בחקותיו ומצותיו ועדותיו הלכנו בכללותיה ובפרטותיה, מה טוב, ונחסם פה שטן מלקטרג עלינו, וה' משדד המערכת, וזהו ביד חזקה נגד הטבע, אבל אם קיימינן זעיר שם ואז יש פתחון פה להשטין, וה' ברוב רחמיו וחסדיו אינו מקשיב לתלונתו אם יש עלינו עכ"פ מליץ א' מני אלף בפמליא של מעלה, לקרוא לנו בשם מקיימי תורה, התרצה לטוב לנו, וזהו בחזק יד נגד הטבע ונגד מדת הדין. ועתה מובן היטב לשון תוה"ק, שהתורה דיברה בשתי מדריגות אלו, בתחילה ממדריגה הראשונה, והיה כי יביאך ה' אל ארץ הכנעני וגו' אשר נשבע לאבותיך, דתהיה במדריגה גדולה בעבודת ה' בשלימות, ועל זה האופן היה השבועה אשר נשבע לאבותיך לתת לך בזכותך, אז תגיד לבנך בפה מלא ובשמחה בעבור זה עשה ה' לי בצאתי ממצרים, כי אותי אהב ה' ובי בחר יה, ונתברר למפרע אשר יצ"מ היה רק ביד חזקה נגד הטבע, אבל מה"ד לא יוכל לקטרג כי בניו הנחנו למקום, ולכן נתן לנו את ארצנו. ובפרשה שניה דבר ממדריגה שניה, והיה כי יביאך ה' אל ארץ הכנעני, לא בזכותך, וגם לא מחמת השבועה כי תנאי השבועה לא קיימת, והוא רק בדמיון קצת אל השבועה, כאשר נשבע, בכ"ף הדמיון, לך ולאבותיך, ורק בזכותיהם, ונתנה לך מכח זכותיהם, ואז לא תוכל להגיד לבנך בעבור זה עשה ה' לי, ואמרת אליו בחזק יד, דהיינו מלבד שידוד הטבע, היה הדבר יוצא משורת הדין לגמרי, ורק ברוב חסדיו הוציאנו ה' ממצרים, והיה לאות על ידכה ולטוטפת בין עיניך כי בחזק יד הוציאנו ה' ממצרים, ג"כ על כוונה הזאת:

הנה איתא במדרש שיר השירים (ד) על הפסוק כמגדל דויד צוארך, ר' יצחק פתח קרייה במלחמות מדין וכו' שעלו מן הרחצה רבי הונא אמר שלא הקדים אחד מהן תפילין של ראש לתפילין של יד שאילו הקדים א' מהן תפילין של ראש לתפילין של יד לא היה משה משבחן ולא היו עולין משם בשלום הוי אומר שהיו צדיקים ביותר. ודברי המדרש תמוהים דמאי רבותא בזה הלא זהו כל ישראל עושים שמניחים תפילין של יד קודם של ראש, ועוד דלמה מתאר אותם בזה לשבחם בשם צדיקים הלא מקרא מפורש הוא, ואין שום נסיון בזה. והנראה דמצות תפילין כדי לזכור ביצ"מ ולהשריש בלבו אמונת ה' אשר לו הכח והממשלה בשמים ושמי השמים ובארץ ובארבע רוחות העולם, לעשות בהם כרצונו לבד, ועי"ז תוקד בקרבו אש דת שלהבת יה לקיים כל התורה והמצות, ובתפילין ש"י כתיב והיה לך לאות על ידך, לך לאות ולא לאחרים לאות, ותפילין ש"ר צריכין להיות בגלוי. ויש רמז בזה אשר מקודם צריך האדם להשריש היטב בקרב לבו את האמונה ויתאוה נפשו בכל עוז לעבוד את ה', ומה שיש לאל ידו יעשה, ואז יטע גם בלבות אחב"י את כל זה, והוא כשיקיים והיה לך לאות שיעשה התפילין הללו רושם כרצון ה', אז גם אחרים ישמעו בקולו, ככתוב (דברים כ"ח פסוק יוד) וראו כל עמי הארץ כי שם ה' נקרא עליך ויראו ממך, ודרז"ל [מגילה י"ו] אלו תפילין שבראש, אבל אם גם הוא ערום מיראה וחוזק אמונתו הוא כקורי עכבים, ועבר עליו רוח קנאה לזכות הרבים אזי לא די שלא יועיל, ועוד שלו יזיק (את) זאת, כי בעבור זה צריך להתעטף במעטה התרמית, שהוא צדיק ויושר, ומאמת הוא נעדר. וזהו כוונת המדרש, שלא הקדימו תפילין ש"ר דהיינו הרצון והכוונה, מתפילין ש"ר לפרסם האלהות בריך הוא בכל העולם, טרם שקיימו בחינת תפילין ש"י והיה לך לאות, שיהיו תמימים בכל, באמונה ובקיום התורה והמצות, ועלו ממדריגה למדריגה והצליחו ועשו פרי גם בצאתם למלחמה, כמ"ש וראו כל עם הארץ וגו', שאילו הקדימו והפכו הסדר הראוי לא היה מרע"ה משבחן, כי לא זהו הדרך אשר בחר ה', ולא היו עולין משם בשלום, רק בשביל שלא שינו הסדר, והגם שמתאות הכבוד בנקל לרמות

עצמו

עצמו, שכבר יצא את המוטל עליו, וילך לתקן את אחרים, הוי אומר שהיו צדיקים ביותר ובחנו עצמם מקודם הדק היטב, ואז דבריהם אמרות טהורות אמרות ה', ויעשו רושם אצל אחרים, ויצליחו בכל אשר יפנו:

במכילתא (ס"פ בא) בשאלת הד' בנים, והנה שאלת החכם מה העדות החוקים והמשפטים אשר צוה ה' אלהינו [וגירסא חדשה ראיתי שם אשר צוה ה' אלהינו אותנו, וכ"ה גירסת הרמב"ם בנוסח ההגדה, וא"כ ל"ק כלל מה שעמדו כולם, דמ"ש שאלת החכם מהרשע, כיון דגם הוא אמר אתכם, אך בכל בו הנוסחא כמו שהוא בנוסח ההגדה שלנו, אשר שאלת החכם אתכם, ובאמת לכאורה קשה על נוסחת המכילתא והרמב"ם דהלא שאלת החכם נמצא בתוה"ק פ' ואתחנן (ו' פסוק כ') ושם כתוב מה העדות וגו' אתכם], ולהבין שאלתו החכמה, והתשובה אין מפטירין וכו' אשר אין שייכות לשאלתו, כאשר הקשו המפרשים, נראה דהנה המצות נחלקים בשלשה, העדות הם כגון שמירת שבת ויו"ט ותפילין, וכיוצא, והחוקים הם שאין להם טעם, והמשפטים, מה שהוא ע"פ שכל האנושי, כגניבה ורציחה ואונאה והלבנת פני חבירו וכדומה, והמשפטים צריכים לצוות רק למי שהוא רע בתכונת נפשו ושכלו גם, והחוקים הם בהיפוך שרק למי שטוב וישר במידותיו מאד שכלו בעיני אלהים ואדם, לאיש אשר אלה לו, ממנו נאות לבקש עבודת החוקים, אשר הוא עבודה רוחנית עד כי תקצר שכל האדם להשיג ועומק המושג, ולא ממי שהוא עוד במדרגה פחותה, ועתה מובן שאלת החכם, שבוודאי לא שאל על איכות וכמות המצות כי זהו ידוע לחכם, רק חקירתו תסוב בגדר ממה נפשך, אם מחזיק אתכם ה' אלהינו, אשר צוה לקיים החוק המשולש, אם במדריגה הגבוה, ולכן ציוה עלינו עבודה המעולה החוקים, והעדות להעיד על אמונת הבורא וחידוש העולם, למה לו להזהיר אותנו על המשפטים, הלא משכלנו ומתכונת נפשינו נדע את כל זה בלתי ציוויו, ואם היינו בעיניו לאנשים גרועים מטבע, אשר בעבור זה היה צריך לצוות לקיים את המשפטים, וא"כ לא נאות לנו את החוקים אשר היא עבודה יקרה אצל אלהים לבדו, עד כי לא תגע בה יד שכל אנושי, [וכ"כ בפ' בשלח (ט"ו פ' כ"ו) ויאמר אם שמוע תשמע לקול ה' אלהיך והישר בעיניו תעשה והאזנת למצותיו, ואחר כל אלה תבוא למדרגה לקיים גם חוקיו], ועי"ז באה התשובה, והביא לו ראיה לתשובתו מהלכות הפסח, אשר אין מפטירין אחר הפסח אפיקומן, דלאחר שאכל את הפסח אין נפטרין מן הסעודה באכילת מיני מתיקה ופירות שרגילין לאכול לקינוח סעודה, הגם שרוצה להטעים את השומן שבפיו מאכילת פסח, ע"י אכילת פירות ומיני מתיקה כדי ליהנות יותר מאכילתו אשר אכל, ויכעס עליו המצוה, עכ"ז אסור לנו, והרמז לזה כדי שנקיים המצוה רק מגזירת הבורא ית"ש, ולא מה שערב וטוב לגוף, כמו כן בכל המצות, אפי' המשפטים אשר ידועים לנו משכלנו, עכ"ז לא נעשה אותם רק בעבור אשר ה' ציוה, וכאלו אנחנו ברצונינו לעבור אותם, אבל מה נעשה אשר אבינו שבשמים גזר עלינו, וזהו מדוקדק מאד בלשון המכילתא אף אתה פתח לו בהלכות הפסח, אשר מזה יהיה לו פתח תשובה לשאלתו, כי אין מפטירין וכו', הרי אשר רצון הקב"ה לקיים מצותיו מחמת גזרתו ולא לערוב לגופינו, לכן האמת כי מחזיק אותנו במדת ותכונות טובות, ולכן לנו נאה לילך בגדולות ולעבוד את ה' בחוקי ה', אשר הורם והונף מאת קרוצי חומר להשיג, אעפ"כ צוה עלינו גם את המשפטים, אשר גם מבלעדי ציוויו נקיים אותם, אך למען אשר גם בהם נטע בלבבינו יראתו ואהבתו, ויהיה כל מטרת חפצנו בהם, בעבור מלאות רצון ממ"ה:

פרשת בשלח

(ט"ו פסוק י"ח) בסוף השירה ה' ימלוך לעולם ועד כי בא סוס פרעה וגו', ואיתא במדרש ה' ימלוך לעולם ועד, ולמה כי בא סוס פרעה, ונפלאים דבריו [ועמ"ש בזה בתוצאות חיים], ונראה דאיתא במס' סנהדרין (צ':) ששאלו רומיים את ר' יהושע בן חנניה מניין שהקב"ה מחיה מתים ויודע מה שעתיד להיות, אמר להו תרווייהו מן המקרא הזה שנאמר ויאמר ה' אל משה הנך שוכב עם אבותיך וקם הרי תחיית המתים, העם הזה וזנה, הרי מה שעתיד להיות, ודילמא וקם העם הזה וזנה, אמר להן נקוטו מיהא פלגא בידייכו, ומבואר בספרים שהקשו, כיון שהקב"ה נצחי וחי וקיים צריך שתהיה פעולתו ג"כ נצחי, והלא כל בריאת עולם תחת הזמן הוא, שית אלפי שני הוה עלמא, ואירצו הגם שעוה"ז יהיה חרוב, מ"מ עוה"ב ותחיית המתים אין לו קצבה והוא נצחי, וזהו תשובת ר"י בן חנניה בקוצר אמרים, נקוטו מיהא פלגא בידייכו שיודע עתידות, וכיון שכן הלא שוא ברא כל בני אדם, כיון שיודע בעת הבריאה שיחרב בהגיע הזמן, אלא ע"כ מוכח מזה גם את השניה משאלתם שהקב"ה מחיה מתים, והוי בריאתו לתועלת נצחי, ועתה יומתק לנו לישנא דש"ס שם איתמר נמי אמר ר' יוחנן משום רשב"י מנין שהקב"ה מחיה מתים ויודע מה שעתיד להיות שנאמר הנך שוכב עם אבותיך וקם העם הזה וזנה, הלא ר"י בן חנניה הוכיח רק פלגא, ומאי איתמר נמי, ועפ"ז גם ר"י ב"ח חדא מכלל חבירתה הוכיח, וגם הוא את שניהם הכריח מהמקרא הזה, ועתה נעלה להבין את ד' המדרש, שהוקשה לו למה כתיב ה' ימלוך לעולם ועד, הלא אין מלך בלא עם, ועתידא עלמא דתחרב, על זה אמר כי בא סוס פרעה וגו' הלא למה לו להקב"ה לעשות נסים האלו להטעות את המצרים ברכביהם ובפרשיהם לתוך הים, ולקרוע את הים לישראל אשר התנה הקב"ה עם הים במעשה בראשית כמו שאמרו חז"ל וישב הים לפנות בוקר לאיתנו לתנאו הראשון שהיה בעת הבריאה שיקרע הים לישראל, אלא ע"כ שכל זה הורה לנו שיהיה תחיית המתים, והועילו פעולות וניסי הים לתכלית הנצחי, ולכן יחד כולם הכירו כי ה' ימלוך לעולם ועד, על עם אשר יעמדו לעת אשר רבים מישני אדמת עפר יקיצו, וגם בתחלת השירה רמז לתה"מ כאשר אמר אז ישיר לעתיד (כפירש"י ז"ל), ג"כ משום זה דבוודאי ניסים גדולים כאלו היו לתועלת עלמין וקיים לעד:

פרשת וישמע יתרו

ופירש"י [והוא מש"ס זבחים קט"ז] מה שמועה שמע ובא ונתגייר ר' יהושע אומר קריעת ים סוף ומלחמת עמלק, והוא כי יתרו היה חוקר בכל עבודות זרות שבעולם, כמ"ש רש"י בשם המכילתא, בפסוק י"א עתה ידעתי כי גדול ה' מכל אלהים מלמד שהיה מכיר בכל ע"א שבעולם, וסבור היה שכבר השיג האמת, וכיון שראה, אשר עמלק [אשר היה עמו בעצה אחת] אחר שראה הנס המפורסם של קריעת ים סוף, אפ"ה ערבה לנפשו ללחום מיד אחר זה עם ישראל, ועשה מזה בחינה עד כמה תגדל הטעיות בין הבריות, לכן ע"י שני אלה לא נח ולא שקט, עד כי יראה בעיניו את הניסים והנהגת ישראל להשרים בלבו האמת [ופירש"י בדברי ר' יהושע בש"ס הנ"ל כן, הגם שלא אמר רק מלחמת עמלק, רק כיון שכל תמיהתו של יתרו על עמלק היה בעבור קריעת ים סוף ע"כ הוסיף רש"י גם קריעת י"ס] וכיון שבא והתבונן היטב כי גדול ה' מכל אלהים נתגייר:

בפרשת קבלת התורה כבר כתוב בדרוש השלישי בהקדמה לזו"ר ח"ר באריכה. במשלי (ד' פסוק ב') כי לקח טוב נתתי לכם תורתי אל תעזובו, ובפשוטו מלת לקח פירושו לימוד, אבל י"ל דהוא מקח מלשון קנין והשכיל לנו בזה להגדיל חביבות התורה, והוא אם יקרה לפנינו לקנות מקח כזה בהון רב בוודאי ראוי ליתן את כל המחיר בעד קנין התורה, ולא זו בלבד עשה עמנו הקב"ה, אך נתן לנו במתנה מבלי שום מתת כסף מאתנו, ועפ"י רוב אם א' נותן לחבירו חפץ במתנה, מבקש שיקרא עוד על שם הנותן למען יהיה למזכרת כי קיבל ממנו הנאה כזו, וגם בזה לא חפץ ה' ממנו כמאמר רבא פ"ק דמס' עכו"ם (י"ט), בתחילה נקראת על שמו של הקב"ה ולבסוף נקראת על שמו שנאמר בתורת ה' חפצו ובתורתו יהגה יומם ולילה, ופירש"י נקראת על שמו של אותו תלמיד שטרח בה, כדכתיב ובתורתו דמשמע של כל אדם, [ובזה מובן ד' המ"ר ריש פ' תרומה כי לקח טוב וגו' אל תעזובו את המקח שנתתי לכם, ומפרש כמה ראוי לפזר אם מכר לנו את התורה, יש לך אדם לוקח מקח יש בו זהב ואין בו כסף יש בו כסף ואין בו זהב וכו' יש אדם לוקח שדות אבל לא כרמים, כרמים אבל לא שדות, אבל המקח הזה יש בו כסף וזהב, ויש בו שדות וכרמים, שנאמר וכו', ועתה הדר למאי דפתח, שלא מכרתי רק שנתתי לכם, וסיים ויש לך מקח שמי שמכר נמכר עמו, אמר הקב"ה לישראל מכרתי לכם תורתי כביכול נמכרתי עמה שנאמר ויקחו לי תרומה, והוא ג"כ על הכוונה הנ"ל שמשלמד בה לא נקראת על שמו של הקב"ה רק על שם הלומד בה, וכפי אשר נראה לרבים עפ"י מוסדות והשכל התורה שוב אין משגיחין בבת קול, כמבואר בפלוגתא דר"א ור' יהושע [ב"מ נ"ט] עמד ר"י על רגליו ואמר לא בשמים היא אמר ר' ירמיה שכבר נתנה תורה מהר סיני אין אנו משגיחין בבת קול שכבר כתבת בהר סיני בתורה אחרי רבים להטות, אשכחיה ר' נתן לאליהו א"ל מאי עביד קב"ה בההיא שעתא א"ל קא

חייך

חייך ואמר נלחוני בני, הרי הוא בדוגמת מכירה כביכול, שאין משגיחין וכו' רק אחרי דעת הרבים הלכו והקב"ה הסכים עמהם ומחייך בזה]:

שם בש"ס רבא רמי כתיב על גפי וכתיב על כסא, בתחלה על גפי ולבסוף על כסא, ויש לתמוה בקושייתו של רבא ותירוצו דלא זו היא שתקרא על גפי יושבת על כסא, ומקרא מפורש במשלי שם, דחכמות בנתה ביתה וגו' תקרא על גפי מרומי קרת, ואשת כסילות ישבה לפתח ביתה על כסא מרומי קרת, ונראה לפרש דהנה האשת כסילות אשר רוצית לצוד נפשות ישראל, מלבשת עצמה לרמוז ולהתדמות להחכמה בכל ענייה, וכיון שהחכמה יושבת רק על גפי מרומי קרת, והכסילות יושבת על כסא, אז כולם יכירו וידעו להבין בין החכמה והכסילות ולא תוכל לרמות כלל, וא"ל שגם החכמה יושבת על כסא הא כתיב על גפי, ותירץ רבא דבחכמה יש בחינות שונות דהנה איתא במס' סוכה (מ"ה:) אמר חזקיה אמר ר' ירמיה משום רשב"י יכול אני לפטור את כל העולם כולו מן הדין מיום שנבראתי עד עתה וכו' ראיתי בני עלייה והן מועטין אם אלף הן אני ובני מהן וכו', אם שנים הן אני ובני הן, והלא ראש מהמדות היקרות היא ענוה, ואיך שיבח את עצמו אשר הוא ובנו הם המשובחים מכל בני העולם, אכן דזהו קודם שהוא במדרגה עילאה, מהראוי שלא להרחיב פיו אפי' במה שיודע שיש בו, כי אולי עי"ז יתגאה לבו ויגדל בעיניו, אבל במי שכבר עלה במעלות הסולם כרשב"י וחביריו ולבו חלל בקרבו, עד כי לא הרגיש עוד בכבוד המדומה, הרשות נתונה לו לספר לאחרים את גדלו, למען ילכו גם הם לאורו, וילמדו ממנו אורחות חיים הנלאים, וזהו שאמר מעיקרא על גפי, בענוה ונמיכות רוח, ולבסוף כאשר הגיע למדריגה הגבוה שבגבוהות על כסא, כי אז בטוח שלא יקרה לו שום נזק לנפשו עי"ז, והאשת כסילות בעבור שרוצית להתדמות להחכמה בגאות לבה ורוצית לרמות כמו החכמה במדריגה העליונה, ולכן תשב היא מיד על כסא:

במדרש (סדר יתרו סוף פ' כ"ז) ד"א שמעו דבר ה' משל למלך שאמר לעבדיו שמרו לי ב' כוסות הללו וכו' כך אמר הקב"ה שני כוסות מזגתם בסיני נעשה ונשמע, שברתם נעשה עשיתם לפני עגל הזהרו בנשמע, הוי שמעו דבר ה' בית יעקב, וקשה להבין דברי המדרש, דלא הני שמיעה בלא עשייה, ולפמ"ש בדרוש השלישי בהקדמה לחלק ראשון, דכוונת ישראל שאמרו כל אשר דבר ה' נעשה, היה, דכל העולמות שנבראו במאמר ה' [דבעשרה מאמרות נברא העולם] עתה יתנהג הכל על ידם, ע"ש באריכות, וכל זה בזמן שישראל הם במדריגה עליונה בקדושה וטהרה ועובדים את ה' ברעותא ועומקא דלבא, וכאשר היה באמת קודם חטא העגל שפסקה הזוהמא מהם, אבל לאחר שחטאו בעגל אזי אי אפשר לכלל ישראל לעבוד באופן זה רק במדריגה הפחותה, ולקיים את התורה והמצות בדיבור ובמעשה כפשוטו, זולת לבני עליה ושרידי הדור הם העומדים במדריגה המעולה, וזהו שאמר הקב"ה אתם בית יעקב הם המון הכללי [כידוע דאלו מכונים בשם בית יעקב], שברתם נעשה, אשר שוב לא תוכלו להיות במדריגת כל אשר דבר ה' נעשה, שכל העולמות יתנהגו על ידכם, הזהרו עכ"פ שתהיו במדריגת נשמע, ותעשו רצון ה' כאשר נאמר לכם, וגם היא תלה:

פרשת משפטים

(כ"א פסוק ו') והגישו אדוניו אל האלהים והגישו אל הדלת או אל המזוזה, ודרז"ל יכול שתהא המזוזה כשירה לרצוע עליה ת"ל ונתת באזנו ובדלת בדלת ולא במזוזה, הא מה ת"ל אל המזוזה, הקיש דלת אל המזוזה מה המזוזה מעומד אף הדלת מעומד, ועודנה קשיא דמלת או מיותר, וי"ל דההיקש מבואר במלת או דמצינו פירושו של או הוא אם, כמ"ש רש"י ויקרא [ד' פסוק כ"ג] או הודע, כמו אם הודע הרבה או יש משמשין בלשון אם, [ועי' במזרחי לקמן בפסוק או נודע כי שור נגח הוא], וא"כ ה"פ והגישו אל הדלת, ובאיזה דלת, אם שוה אל המזוזה שהוא מעומד [כן שמעתי בשם הגאון מוהר"ש זלמן מווילנא זללה"ה]:

שם (פסוק י"ב) ברש"י דכי יכה כל נפש אדם אפי' קטן וכו', ועוד אילו נאמר ומכה איש שומע אני אפי' קטן שהכה והרג יהא חייב ת"ל ואיש כי יכה ולא קטן שהכה, ומקשים בשם הגאון מוהר"א ליבוש זללה"ה בעהמ"ח ס' גט מקושר, דכיון דכתיב איש כי יכה לאורויי דקטן שהכה פטור, ממילא שמעינן דאפי' הרג את הקטן חייב, דאל"כ ל"ל קרא דקטן שהרג פטור ת"ל דפטור משום דהוי עדות שאי"ל דעדים יאמרו שרצו להרוג רק את הקטן, כמו בטריפה שהרג [סנהדרין ע"ח] ומדצריך קרא דקטן שהרג פטור, ע"כ אם הרג את הקטן חייב, וא"כ ל"ל כל נפש אדם, הא ידעינן זה מדצריך ואיש כי יכה, וכעין קושיא זו מצינו באסיפת זקנים מס' ב"ק דף ע"ו ד"ה נכל, ובפשטות נראה לתרץ דמ"מ ס"ד אמינא דאם הרג את הקטן פטור, ואפ"ה צ"ל עדות שאי"ל בקטן שהרג כגון שהעידו עליו כשנתגדל שהרג בקטנות, ואפ"ה פטרתו התורה מואיש כי יכה כיון שעבר בקטנותו, ולכן צריך כל נפש אדם דבהרג את הקטן חייב, ועי' ברש"י ב"ק פ' החובל (דף פ"ח) ד"ה פסולה לעדות, בטעם השני דקטן פסול לעדות משום דהוי עדות שאי"ל דלאו בר עונשין הוא, אין להקשות דא"כ יהא כשר להעיד בגודלו מה שראה בקוטנו, ובהדיא איתא בכתובות (כ"ח) דרק בקיום שטרות וכיוצא נאמן, ומשום דהימנוהו רבנן בדרבנן, דהתם בעדות טעמא אחרינא איכא בה כיון דבהיה יודע לו עדות משהיה חתנו ואח"כ מתה בתו פסול, דזה הכלל כל שתחילתו או סופו בפסלות פסול [ב"ב קכ"ח] ופי' הרשב"ם משום דקרא כתיב והוא עד או ראה, דבשעת ראיית המעשה יהא ראוי לעדות זו, וה"נ כיון דבשעת ראיה היה פסול להעיד משום דלאו בר עונשין הוא והוי עדות שאי"ל, וכן כתבו בתוס' סנהדרין (מ"א:) ד"ה כמאן דמשום עשאי"ל דמי לעד פסול והוי כנמצא אחד מהן קא"פ לבטל גם שאר העדים שהם בני הזמה, שוב גם בעת שהגדיל נפסל להעיד עדות זו, אבל הכא הא איצטריך קרא אם דינו אותו בעבור שהוא הרג בקטנותו, ולכאורה קשה על התירוץ הנ"ל ע"ד רש"י פ' משפטים דאכתי תפסל העדות מטעם תחלתן בפסלות, ומה לי אם אינו יכול להזימו מחמת עצמו שהוא קטן וקטן שהזיק פטור, או דאינו יכול להזימו מחמת דרצה להרוג קטן, [ולפי הס"ד אי לא כתיב קרא], היה הדין דההורג את הקטן פטור, אבל זה אינו קושיא כי זה לא הוה מתחילתו בפסלות, כי מיד הם ראויים להעיד אשר אם יגדיל יהא מחוייב מיתה, וראיה לזה מתוס' חולין (י"א:) ד"ה ודילמא, אשר לפי הו"א של הש"ס אין שום רוצח נהרג רק לאחר י"ב חדש, אבל בקטן שהעיד דלפי האמת קטן שהרג פטור גם בגדלותו לכן הוי עדות שאי"ל, דאם יעיד בקטנותו כשיוזם יהא פטור גם כשיגדיל לכן הוי תחילתו בפסלות דלא גרע מאילו הרג בידים, וגם אם נאמר דנהרג בעדות לכשיגדיל, מ"מ לכשיוזם יפטר דהוא העיד בקטנותו ועי"ז נתחייב מיתה, ולאחר שהגדיל לא עשה מאומה:

בפרשת שור הנסקל (שם פסוק כ"ח) סקול יסקל השור ולא יאכל את בשרו, ברש"י והוא מברייתא ממשמע שנאמר סקול יסקל א"י שהיא נבלה ונבילה אסורה באכילה, ועי' בריטב"א ותוס' רי"ד קידושין (נ"ו:) ובמזרחי וגור אריה מ"ש בזה:

בפרשת שומרים (כ"ב פ' ח') ברש"י כתב וז"ל ורז"ל דרשו כי הוא זה ללמד שאין מחייבין אותו שבועה אלא א"כ הודה במקצת לומר כך וכך אני חייב לך והמותר נגנב ממני, ובגור אריה תמה בזה דדברי רש"י הם דלא כמאן דלרמב"ח בעינן כפירה והודאה ונאנסה, ולר' חייא בר יוסף שיטת רש"י ב"ק (ק"ו) דסגי בכפירה לחוד, ולכן כתב דכאן חזר רש"י משיטתו ופי' כפשוטו וס"ל כשיטת ר"ת דלרחב"י בעינן כפירה והודאה, ויש ליישב דברי רש"י שלא יסתרו כלל, דהא דכתב בב"ק דבפקדון גם כופר הכל חייב שבועה דאורייתא לרחב"י משום דלא עשה לו טובה, ול"ש חזקה אין אדם מעיז, טעמו, עפ"י דברי רב נחמן (שבועות מ:) דכ"ה חייב שבועת היסת משום חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו, ופריך הש"ס אדרבה חזקה אין אדם מעיז, ומשני משום דאישתמוטי הוא דקא משתמיט ליה, להכי מסתברא ליה לרש"י דהא דכל כו"ה פטור משבועה דאורייתא ול"א חזקה אין אדם תובע וכו' משום דאיכא כנגדו חזקה אין אדם מעיז, [וסברת אישתמוטי ל"א מדאורייתא בכ"ה כיון דהעזה גדולה הוא לכפור בכולו, רק חז"ל הוא דחשו לכך וחייבוהו ש"ה ועי' בתוס' שם] לכן זהו במלוה דשייך חזקה אא"מ, אבל בפקדון דל"ש חזקה אא"מ כיון דלא עשה לו טובה, מחייבינן ליה שד"א משום חזקה דאין אדם תובע וכו', וכיון דכן זהו רק בטענת המפקיד ברי, אבל היכא שהוא עפ"י רוב דהבעלים א"י אם נגנבה או לא, [ובפרט בכסף דכתיב בקרא מסתמא א"י הבעלים להכיר אם זהו המעות שהפקיד אצלו] צריך הודאה במקצת גם לרחב"י, ולהכי כתב רש"י כאן שפיר אפי' לשיטתו, דאינו מחוייב שבועה אלא א"כ הודה במקצת, [ובליקוטי הגהות והערות מבואר לתרץ כל קושיית תוס' על שיטת רש"י בזה]:

שם

שם (כ"ב פסוק כ"ח) מלאתך ודמעך לא תאחר, ורש"י כתב, ולא"י מהו לשון דמע, ועי' ברא"ב"ע ורשב"ם, ונראה לפענ"ד בפשטות דבנדרי בני אדם יש שני נדרים, הא' מי שנודר בעת הרווחה לו, והשני הנודר בעת צרתו, ויש בני אדם שאחר הישועה מצרתם מתחרטו באמתלאות שונות, ובפרט שאז ע"י צער לא היה דעתו צלולה, ועל זה הזהירה התורה, מלאתך, הן מה שקבלת עליך בהיותך בדעה מיושבת ומלאה, ודמעך, או מה שנדרת בדמע. בהיותך במחשבות שונות ומדומעות, ע"י צער וכיוצא, כלשון מדמע האמור כמה פעמים במשנה, שפירושו תערובות [ועי' בערוך ערך דמע], על כל אחד מנדרים האלו תהא מוזהר בבל תאחר, שאילמלא כן בכור בניך תתן לי, דבעון נדרים בנים מתים ר"ל :

שם (כ"ג) לא תהיה אחרי רבים לרעות ולא תענה על ריב לנטות אחרי רבים להטות עי' בפרש"י מ"ש בזה, ונראה דה"פ, אם ראית רבים שנטו מדרך הטוב, לא תהיה גם אתה נוטה אחר דעתם לרעות, ואחר זה מזהירה התורה, דלפעמים בדיין שיושב עם חביריו בדין או להמתיק יהלך בדרכי רבים ויודע שחביריו לא הסכימו עם דעתו זה כמה פעמים, ע"כ יתחכם הוא לומר ההיפוך מאשר הוא לפי דעתו וחביריו יחלקו עליו כדי שיסבב הדבר שיהיה הלכה כרבים ויגמר הדבר כפי דעתו, ד"מ באם לפי דעתו האמת הוא שהבע"ד חייב, ויאמר הוא בכיון שפטור, וע"י מחלוקת חביריו עליו שיאמרו חייב יהיה הפסק שחייב משום דהלכה כרבים [וכן הוא האמת], אבל אם יאמר חייב אז אולי גם עתה יחלקו עליו ויאמרו פטור וישאר הדין שפטור [ובאם לא יחלקו עליו גם בלי דבריו יהיה פטור שהלכה כרבים], על זה אמרה תוה"ק, ולא תענה על ריב לנטות מן האמת, ועי"ז יתגולל הדין שיהיה אחרי רבים להטות לצד האמת כפי דעתך, לא תעשה כן, רק אמור כפי אשר הוא באמת בדעתך, וברר לחבריך ג"כ שהנכון כדבריך, ואם לא תוכל עמוד עמהם, אין האמת בך כי בפיך ובלבבך נטית אל האמת :

פרשת תרומה

וידבר ה' אל משה דבר אל בני ישראל לאמר ויקחו לי תרומה, ופירש"י לי לשמי,

בצל"ח ברכות מביא בשם זקנו רשכבה"ג מוה"ר העשיל זללה"ה אשר אמר בזה ע"ד צחות עפ"י דברי חזקיה אמר ר' יוחנן [ברכות ס"ג] למה נסמכה פרשת סוטה לפרשת תרומות ומעשרות לומר לך כל מי שיש לו תרומות ומעשרות ואינו נותנן לכהן סוף נצרך לכהן ע"י אשתו שנאמר ואיש את קדשיו לו יהיה וסמיך ליה איש איש כי תשטה אשתו וכתיב והביא האיש את אשתו, ולכן רמזה התורה ויקחו לי תרומה לשמי, והיינו לפי שאם תשטה אשתו אז השם הנכתב בקדושה ימחה על המים שמשקין את האשה, אבל אם יתן תרומה לא יבוא לזה שיצטרך להשקות אשתו מים המאררים, וזהו לי לשמי בשביל כבוד שמי שלא ימחה על המים, [ויש לפרש בפשטות דמבואר בנדרים (פ') כנדרי רשעים נדר בנזיר ובקרבן ובשבועה, וכנדרי כשרים לא אמר כלום, ופי' הר"ן דנדר הוא דבר שאינו בא לגמרי בנדבת הלב, ונדבה פירושו מה שהאדם נודר יותר בנדבת נפשו ושמעשיו יותר רצויים ומש"ה אמרינן דנדר הוא הרי עלי לפי שאינו מתנדב לגמרי כיון שלא הפרישו עכשיו, ונדבה הוא באומר הרי זו, לפי שהתנדב ונדרו יותר רצוים וכיון שזהו פירושו של נדר ונדבה, אף בנזיר מי שהכוונה שלו רצויה יותר קרוי נזירתו נדבה, ומי שאינו רצויה כל כך קרוי נדר עכ"ל, ועתה נראה שלדברי ר"ן נרמזו בתוה"ק שהקב"ה הזהיר שיקחו תרומה הנתרם לשמו, ובמה יודע מה בלבו של חבירו אם הוא לשם שמים או לא, אמר להם זהו הבחינה מאת כל איש אשר ידבנו לבו שיאמר הרי זו ויתנו מיד, מזה מוכח שכוונתו רצויה ותקחו מאתו, כי זה הוא תרומתי הנתרם לשמי בכוונה רצויה] :

(דרוש זה אשר נוגע לפילפול מצאתי בכת"י הטהורה, שכתב זה שנים כבירים) .

[דרוש לז' אדר] **איתא** בש"ס מגילה (י"ב) שאלו תלמידיו את רבי שמעון בן יוחאי מפני מה נתחייבו שונאיהן של ישראל באותו הדור כליה, אמר להם אמרו אתם, אמרו מפני שנהנו מסעודתו של אותו רשע, א"כ שבשושן יהרגו שבכל העולם אל יהרגו, אמרו לו אמור אתה, אמר להם מפני שהשתחוו לצלם, אמרו לו וכי משא פנים יש בדבר, אמר להם הם לא עשו אלא לפנים אף הקב"ה לא עשה אלא לפנים עכ"ל הש"ס, והנה הדקדוקים רבו כאשר כבר עמדו בזה המפרשים, ונוסף לזה יש להקשות, א) דלמה מהנהנים אהדדי ולא השיב להם מיד, ב) מה שהקשו א"כ שבשושן יהרגו, הלא כל ישראל ערבים זה בזה, ג) מה שהשיבו וכי משא פנים יש בדבר, תשובה גנובה היא, דגם את"ל שמטעם אחר נתחייבו ג"כ קשה כיון דבאמת השתחוו לצלם והיאך נשא להם פנים. ד) לשון שנהנו אינו מדוקדק דהו"ל למימר שאכלו:

ונראה ע"פ המבואר בש"ס דבכל התורה כולה יעבור ואל יהרג חוץ מעכו"ם וג"ע וש"ד, אבל אם האנס מתכוין להעביר והוא בתוך עשרה מישראל גם בכל התורה יהרג וא"י ובאם מתכוין להנאתו כגון קטול אספסתא ושדי לבהמתי בשבתא יעבור ואל יהרג, ויש לספק אם מתכוין להעביר וגם להנאתו היאך דנין בזה, אם נאמר דזיל הנאתו מהכא כיון דסוף סוף מתכוון ג"כ להעביר, או שנוכל לומר להיפוך דגם אם לא נתכוון האנס להעביר מ"מ צריך הישראל לעשות מעשה זו ומה לן בתוס' כוונתו, ונראה לדעת רבינו ירוחם מובא בש"ך יו"ד (סי' קנ"ז סק"ט) דבשאר עבירות היכא שמתכוון האנס להעביר הגם שישראל אינו עושה שום מעשה יהרג ואל יעבור, ולהכי היכא שמתכוון להנאתו ולהעביר, הגם שצריך לעשות מעשה זו משום הנאתו, לא עדיף מאילו עובר זולת מעשה, דגם אם נניח כל המעשה בשביל הנאתו, מ"מ כיון שכוונתו להעביר, הרי עובר בלא מעשה משום כוונה זו, ודינו ג"כ שיהרג וא"י, אמנם הש"ך שם משיג עליו בזה, דגם בשאר עבירות היכא שאינו עושה מעשה דינו שיעבור וא"י, [ופלוגתייהו הם שני תירוצים בתוס' יומא דף פ"ב ריש ע"ב], ולדידיה יש לספק, ונראה כיון שגם אם לא היה כוונתו אלא להנאת עצמו, הותר הדבר לגמרי ואסור להחמיר לדעת רוב הפוסקים, תו לא איכפת לן בכוונתו להעביר, שהרי דמי כאילו נעשתה ממילא כוונה זו בלא מעשה כלל, וראיה לזה מהא דאמרינן ב"מ (ל') גבי שטחה לצורכו ולצורכה ובעי הש"ס למיפשט מהכניסה לרבקה ודשה כשירה בשביל שתינק ותידוש פסולה, ומשני שאני התם דאמר קרא אשר לא עובד בה מ"מ, הרי להדיא דאי לאו יתורא דקרא אמרינן כיון שעשייתו צריכה לצד הכשר שבו, אזי נידון לצד הפסול שבו כמחשבה לחודא, [וכ"מ בנתיבות (סי' ל"ז) דמביא ראיה זו להתיר לתפוס חפץ משכון, בעיסקא, כיון דתופס על פלגא פקדון בהיתר, הה"ד דרשאי על פלגא מלוה], והגם דפסקינן דבשטחה לצורכו ולצורכה אסור, זהו מטעם אחר דחיישינן שגם לאחר שיספיק לכדי צורכה יניחנה שטוחה לצורכו לחוד כמ"ש ברא"ש שם, ומוכח להדיא דלא מחלקינן עשייתו לשייכם יחד לצד חיוב ולצד פטור, אלא שכל המעשה שדינן בתר צד הפטור שבו, וצד החיוב שבו נשארה כמחשבה לחודא, ועוד ראיה מדברי רמב"ם ה' מלכים [פ"ה ה"ח] יעו"ש, וה"נ כיון שגם בהנאת האנס נעשה (העבירה) [התועבה] ההיא שוב נידון הדבר כאילו כוונתו להעביר נעשה ממילא, ולכן לדעת רבינו ירוחם דגם בלא מעשה יהרג וא"י, ה"נ היכא שכיוון לשניהם, ולהש"ך דינו שיעבור וא"י, דהרי זה כאילו נעשה ממילא, והתורה קפדה רק עליו שלא יעשה מעשה זו בפועל דווקא והכא כיון שצריך לעשות משום הנאתו א"כ כוונתו להעביר נעשה ממילא, אמנם נראה לחלק דדווקא בל"ת שהקפידה התורה על עשיית מעשה לבד זולת הנאה, דינו היכא שנתכוון לשניהם שיעבור וא"י, אבל במקום שהקפידה התורה על הנאת איסור אזי אף שנתכוון לשניהם מ"מ נראה שיהרג וא"י דהגם שלא נותר מעשה לכוונה זו להעביר, כיון דסוף סוף נהנה מאיסור ולא גרע ממתעסק דפטור בכל התורה דלא נחשב למעשה כלל ומ"מ בחלבים ועריות חייב שכן נהנה (כריתות י"ט), ונכרתו הנפשות העושות כתיב, דגם היא חייבת משום הנאתה וזהו מעשה שלה (ב"ק ל"ב.) :

ועיין סנהדרין (ע"ג) ואילו הן שמצילין אותן בנפשן הרודף אחר חבירו להורגו ואחר הזכר, ואחר נערה המאורסה, וכן פסקינן דדווקא ברציחה ובעריות ניתן להצילו בנפשו משום פגמא דאידך, ושם (דף ע"ד) איתא תנא ר"ש בן יוחאי העובד ע"א ניתן להצילו בנפשו מק"ו ומה פגם הדיוט ניתן להצ"ב פגם גבוה לא כ"ש, ונראה מפשטות הפוסקים דאפי' אם אחר אנסו לרדוף אחר חבירו להורגו אפי' ע"י סכנת נפשות ניתן להצילו בנפשו, דמאי איכפת לן שם כיון שמוטל עלינו להציל את אידך, ובפרט דכן [illegible] דקא רדפי (ע"ב:) גבי תינוק שהוציא ראשו דמשני ש"ה [illegible] להמיתו דאזי טוב לא לה, פי' דלא עדיף מהשליכו עכו"ס על [illegible] היכא דקא עביד מעשה אפי' ניתן להצ"ב כיון דלא עביד מע[illegible] ניתן להצילו בנפשו :

ע"י אונס   עוד

עוד נקדים דברי ר"ש בן יוחאי ביבמות (ק"ג) אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון ב"י כל טובתן של רשעים רעה היא אצל צדיקים, ע"ש גבי יעל שהקשה הש"ס והא קא מיתהניא מעבירה, וז"ל רש"י שם רעה היא שמוצאים את הרשעים וקלה נפש הצדיק בהנאתן והילכך לאו הנאה היא, ועיין ברמב"ם (פ"ה מה' יסודי תורה) דגם בע"ג וג"ע וש"ד שצריך ליהרג לבל יעבור, אבל אם עבר אין להענישו בשום עונש בפועל הגם דעבר על מצות עשה דקידוש השם ול"ת דחילול השם, דמ"מ ע"י אונס עשה זה וכתיב לנערה ל"ת דבר, ודין זה מוסכם מכל הפוסקים:

ועפ"י הקדמות האלו סובב והולך קושיית התלמידים על ר"ש בן יוחאי רבם, והוא, כיון שקיבלו ממנו דע"ג עכו"ם ניתן להצילו בנפשו, וגם טובתן של רשעים רעה היא אצל צדיקים ולאו הנאה היא לגבם כנ"ל, א"כ קשיא ממנ"פ אמאי נתחייבו כליה, [ומכח זה רצו לשפוך סוללה לסתור אחד מן שני דברים שקיבלו ממנו], דלקושטא איכא למימר אחד משני טעמים, או מפני שנהנו, דהגם דבשאר עבירות יעבור וא"י מ"מ היכא שמתכוון ג"כ להעביר, הוכחנו לעיל דתליא אם הקפידה התורה על הנאה, דצריך למסור עצמו להריגה, הגם שצריך לעשות גוף המעשה מחמת הנאת העכו"ם ולא נשאר מעשה לכוונה השנית, מ"מ הנאה עצמה מעשה הוי כמו במתעסק, והנה אחשורוש נתכוין להנאתו כדכתיב (אסתר א' ד') בהראותו את עושר כבוד מלכותו, וגם נתכוון ללכוד את בני ישראל ברשתו כמבואר במדרשים, א"כ מופרך דינו של ר' שמעון בן יוחאי דלא מיחשב זאת להנאה כלל דנפשם קלה באיסורין וברשעים, וגם נוכל לומר מפני שהשתחוו לצלם, ואין להקשות וכי משא פנים יש בדבר, כיון דאנן פסקינן דלא ניתן להצילו בנפשו רק על רציחה ועריות, ואע"ג דבע"ג דינו שיהרג וא"י, מ"מ אם עבר אין להענישו מאומה בפועל, רק כיון שבאמת היה מוטל עליהם ליהרג א"ע לבל יעבורו, הפחידם הקב"ה באימת מות כשם שהיה להם לקבל על עצמם למות ע"י האנסים לבל יעבורו, לכן הענישם בפחד זה, אבל בפועל לא הענישם כאשר פסקינן:

אמנם לר"ש בן יוחאי לא נשאר שום אמתלא, דמפני מאכלות אסורות לדידיה כיון דלאו הנאה היא הרי זה כאילו נעשה ממילא ודינו דיעבור וא"י, ועל שהשתחוו לצלם, כיון דלדידיה גם בע"ז ניתן להצילו בנפשו מפני פגם גבוה מה איכפת לן באונסו, וקשה להו כאשר ביארו כוונתם [אא"כ] דא"כ היאך נשא להם פנים וכי מ"פ יש בדבר, ורשב"י ירד לעומק כוונתם בהשקפה ראשונה שרצונם לסתור בזה אחד מדברי קדשו והשיב להם אמרו אתם, ואמרו מפני שנהנו מסעודתו, ובע"כ צ"ל דגם זה מיקרי הנאה, והשיב להם דא"כ שבשושן יהרגו וכו', דהגם דכל ישראל ערבים זה בזה, כיון דגם העובר בעצמו אינו חייב על העבירה עצמה רק מפני שנהנה, והרי הערב לא נהנה מאומה, וכעין סברא זו מצינו בתוס' ב"מ (י"ז) ד"ה הטוען, גבי ערב למעשה ב"ד שתירצו על ר' שבתי דערב היה והגם דבעל אינו נאמן לומר פרעתי על תנאי ב"ד אבל לגבי הערב הרי זה כחוב בעלמא, [ותלמידים לית להו סברא זו, שכיון דהוא ערב על תנאי ב"ד הרי זה כמו הלוה גופא, (וע' בחידושי הר"ן ב"מ ובנמו"י שם שחולקים על תוס') וה"נ היכא שהעובר חייב מפני שנהנה הגם שערב לא נהנה הרי הוא כמו העובר עצמו], ולאחר שהשיב להם על טעם זה אמרו לו אמור אתה, דבע"כ צ"ל מפני שהשתחוו לצלם א"כ לדידך דס"ל דניתן להצילו בנפשו, תו ליכא נפקותא במה שעברו ע"י אונס כיון דכל טעמו משום פגם גבוה, וע"ז השיב להם הגם דבדיני אדם אין להביט אחר אונסו דתורה פסוקה ניתנה לנו והדבר חובה עלינו להציל את חבירו לבל נביט אחר אמתלאות, אבל בדיני שמים לא כן הוא שהקב"ה צופה ומביט וחוקר כליות ולב והוא יודע שלא עשו אלא לפנים גם הוא לא עשה אלא לפנים, ודומה לסברת הכסף משנה (פ"כ מה' עדות ה"ב) בהא דאמרינן בעדים זוממין כאשר זמם ולא כאשר עשו, ומטעים דבר זה כיון שנתגלגל הדבר שנהרג חבירו עפ"י ונתגלגל [ה]גרם באו עדים המזימים מסתמא נתחייב אידך בעונש זה חבירו הגם שהענישו ע"י עדים משקרים האלו, כן ברודף אחר מעשים זרים שעשה לכן נת[גלגל ע]"י סכנת נפשות מסתמא נתחייב מיתה ע"י לרדוף אחר חבירו, וכל בני ישרא[ל …] הדבר שהטילו עליו בסכנת נפשות […]מו להציל את חביריהם ואלהים אינה לידו כדי להענישו על עונש מיתה [ש]נתחייב כבר, אבל באמת על מעשה זו אינו חייב מיתה, כיון שסוף סוף אינו עושה זה מרצונו רק מפני אימת מות, אבל בדיני שמים שיודע הקב"ה שלא נתחייב מיתה זולת זה, לכן גם על זה לא הענישם בפועל אלא הפחידם באימת מות על דבר שלא קיבלו על עצמם לקדש את השם בכל נפשם:

[אב"ה ראיתי בחידושי אאמו"ר זצללה"ה בדינים אלו והמה בכתובים תח"י, שכתבם כתה שנים אחר שחידש דרוש הזה, וביאר שם בראיה דגם לדעת רי"ו הוא רק בג' עבירות החמורות אבל לא בכל התורה, א"כ מ"ש לעיל הוא גם לדעת רי"ו, ושם הביא ראיה מדיוק מלשון הרמב"ם במקומו (פ"ה מה' יסודי התורה ה"ב) שכתב אבל אם נתכוון להעבירו על המצות בלבד, אם היה בינו לבין עצמו וכו' ואם אנסו להעבירו בעשרה מישראל יהרג ואל יעבור עכ"ל, הרי שדיקדק בלשונו בהדיא דדוקא בלהעביר בלבד, אבל אם כוונתו על הנאתו יעבור. ואין להקשות על מה שחידש לעיל דבהנאה הנכנס לתוך הגוף גרע (והוא כעין סברת הר"ן חולין פ' ג"ה גבי בת תיהא דכ' דמ"ד ריחא מילתא הוא, דהוי כאילו שתה ממנו, אע"ג דלא מתכוון ליהנות מהיין רק לדעת מה טיבו אפ"ה אסור דקי"ל המתעסק בחלבים ועריות חייב, ומ"ד ריחא לאו מילתא דלא חשיבא ליה אכילה הילכך כיון דלא מכוון שרי, ור"ן מס' ר"ה דתירץ דעת הרמב"ם בכפאו ואכל מצה יצא אע"ג דפסק דמצות צריכות כוונה יצא משום שנהנה) מדמשני אביי בסנהדרין דאסתר קרקע עולם היתה, הרי דלגבי יהרג וא"י ל"ח הנאה למעשה, די"ל דסוגיא דסנהדרין אזלא ג"כ אליבא דרשב"י דטובתן של רשעים וכו', וכמ"ש הי"מ בתוס' יומא הנ"ל דלהכי לא מקשה הש"ס והא אסתר ג"ע הואי, נוכל לומר דבתירוצו דק"ע היא, משום האי סברא ג"כ, ועל זה לא יקשה השגת תוס' על הי"מ דבג"ע חייבת גם על שלא כדרכה, דלגבי ג"ע ופרהסיא לבד מפני הסברא דקרקע עולם, רק מחמת נהנה, ובזה אמרינן דטובתן וכו'. ומה שהקשו דמ"מ א"א שלא תהנה קצת, על הנאה קצת כזו אפ"ל דדמי להנאת ריח למ"ד ריחא לאו מילתא, ושוב לא דמי למתעסק בחלבים ועריות, או י"ל דמש"ה תירץ רבא שם תירוץ אחר, (ואפ"ל דזהו טעמו של רי"ו דמש"ה פליג רבא על אביי כיון דנהנה חשיב מעשה גם לגבי דידה), כיון דנהנה אבל בלא נהנה מודה לאביי, להכי תירץ הנאת זמנן שאני, דמה שבעל לאסתר היה רק להנאתו בלבד, דלא הכיר בה שהיא יהודית, ועוד יש לחלק בין היכא דהוי מעשה בפועל, רק דעפ"י הדין נסתבב דל"ה מעשה מפני שנעשה מחמת שני כוונות להנאה ולהעביר, אבל לגבי דידה דל"ה מעשה כלל, לזה ל"מ מפתא דהנאה שתהרג וא"ע. ומה שחידש דלרשב"י מחוייבים מיתה ח"ו, כיון דלדידיה ניתן להצילו בנפשו גם בע"ז, ולהכי הקשו לו וכי משא פנים יש בדבר, לכאורה קשה טובא דהא מבואר בברייתא בסנהדרין (ע"ג) דבנעבדה העבירה אין מצילין בנפשו, ויש לתרץ כיון דהכריח הדין דניתן להצילו בנפשו גם באונס, ממילא לא מיקרי אונס מחמת שרצה להורגם אם לא יעבדו ע"ז, דלמה לא יראו אשר יפגע בהם ה' וידין אותם כדין תורתו הקדושה אשר ניתן להצילו בנפשו מפני פגם גבוה (וכמו דאמרינן בכתובות (ל') לגבי ארבע מיתות דדין ד' מיתות לא בטלו, ועיין בתוס' שם, וזהו ל"ש קודם חטא דמאי תשובה שייך) וישלח בהם דבר ומגפה, פרס העבירה של הע"ז, ואין מעצור לפני ה', וכיון דל"ה אנוסים שוב חייבים מיתה מחמת עבירת ע"ז שעבדו, והכי דלחייבם מיתת ב"ד ל"א סברא זו דמ"מ לפי ראות עיני בשר היו אנוסים, מ"מ בדיני שמים מסתברא לומר כן, דלפי דיני שמים ל"ה אנוסים, והא דפסק הרמב"ם (בה' יסודי התורה) דגם בג' עבירות שאם עבר אינו מחוייב מיתה הגם דבג"ע וש"ד ניתן להצילו בנפשו א"כ ל"ה אונס כלל, הוא משום דבדיני אדם ל"א סברא זו, ובפרט לפי מה דהשיב להם רשב"י גם בדי"ש ל"א כן, היכא שהוא באמת אנוס לא ניתן להצילו בנפשו בידי שמים. ומ"ש בשם הכ"מ בטעם הדין דכאשר זמם ולא כאשר עשו (כ"כ הרמב"ן על התורה בפ' שופטים (לפענ"ד כוונתו דאמרינן דמזה ראיה שהאמת כדברי העדים הראשונים ובכה"ג לא חידשה התורה דסומכין על המזימים, ובזה מתורץ היטב קו' חכם א' בהקדמה לס' פתח הבית ועיין]:

שם בש"ס (דף ט"ו) וכל זה איננו שוה לי אמר ר"א אמר ר' חנינא בשעה שראה המן את מרדכי יושב בשער המלך אמר כל זה איננו שוה לי, כדרב חסדא דאמר ר"ח זה בא בפרוזבולי וזה בא בפרוזבוטי, ופירש"י מרדכי בא אליו בטענת עושר המן בא אליו בטענת עוני, שמכר המן את עצמו למרדכי קודם לכן, והכוונה הגם שכל גנזיו של אותו רשע היה חקוקים לו על לבו, רק המן ירא לנפשו בעת יוציא השטר מכר עליו, אזי בע"כ יוריד עדיו מעליו ויטמין כל רכושו, ויוריד גאוותו בפני כולם, ויבכה ויתחנן לו שעני הוא, כדרך הבע"ח שאינו רוצה לפרוע, וע"ז היה דוה לבו של אותו רשע מאד:

שם בש"ס אמר ר' לוי כיון שהגיעה לביה"צ נסתלקה ממנה שכינה אמרה אלי אלי למה עזבתני וכו' שמא על שקראתיו כלב שנאמר הצילה מחרב נפשי מיד כלב יחידתי [ובמהרש"א בח"א כ' אשר

ר"ת

ר"ת הם סמן וממוכן] חזרה וקראתו אריה שנאמר הושיעני מפי אריה, ולכאורה קשה וכי דבר זה היה לחטא בעיניה עד שמסרה את עצמה לתקן זה, והנכון הוא דהנה בעת שברצונו של הקב"ה להטיב עמנו ולעשות לנו נסים ולהראות גדלות שמו, צריכים לזה שני דברים, שלא יהיה קיטרוג גדול עלינו מחמת רב העונות, ובמי שיעשה הנסים על ידו שיהא ראוי להתקדש שם שמים על ידו, וכן מצינו, לזה התחילה ברוח חכמתה שמא אתה דן על שוגג כמזיד, והנה החסרון לקוות אל הישועה מצדנו, או בשביל שקראתיו כלב ואינו ראוי להעשות נסים על ידו, לכן תקנה גם את זאת, וגדלתו בשם אריה:

פרשת כי תשא

(ל"א פסוק י"ו) ושמרו בני ישראל את השבת לעשות את השבת לדורותם ברית עולם.

ויש לעמוד דמאי שייך יש בשבת הלא כל מצות שבת הוא בשב ואל תעשה, והנה מצינו מלת עשייה משמשת לפעמים במקום מסירה פ' נשא (פסוק כ"ו) ואת כל אשר יעשה להם ועבדו ותרגם אונקלוס ויב"ע ורש"י וית כל דיתמסר להון ויפלחון, וזהו, מלבד אשר נצטוו בני ישראל במעמד הר סיני במצות שבת, ציוה להם אשר ימסרו שמירת שבת לדורות הבאים אחריהם, וכה יהיה ברית עולם אשר ימסרו מדור אחר דור לשמור את השבת בכללותיה ופרטותיה:

שם (ל"ב פסוק ל"ד) וביום פקדי ופקדתי וגו'. ודרשו רז"ל אין פורעניות באה על ישראל שאין בה קצת מפרעון עון העגל, והתמיה ידועה ומפורסמת דלמאי לא נתקבלה התשובה על חטא העגל של דור המדבר, אבל כ"כ בהקדמה לזי"ר ח"א בטעם נכון דחטא העגל לא ניתן לימחל גם ע"י תשובה שבשעה שעמדו על הר סיני פסקה הזוהמא ונאלם כחו עד אשר לוקח מקרבנו והעמידו הרחק הלאה מאתנו, רק שבחטא העגל התגרו בעצמם והתקרבו אליו, והכניסו את האורב הצורר אותם בקרבם מחדש, ומש"ה לא הועילו בתשובתם מאומה כמו גבי אדם הראשון, וצרורה ושמורה חטאתם לדורי דורות, וזהו שכתוב וביום פקדי ופקדתי עליהם חטאתם, שיעור הכתוב כן הוא, שמדי דור דור שיגיע העת ללמד זכות עליהם ולהקטין עוונותם מפני עוצם כחו של הצר הצורר אותם הוא יצרם הרע [כדכתיב ואשר הרעותי], אזי ממילא יתעורר המדת הדין לקטרג ולהעיר חטא העגל מאותם שחטאו בעצמם בלא פגיעתם כלל, וזהו דכתיב וביום פקדי שהוא לשון חסרון [כדכתיב בש"א כ' פסוק כ"ה ויפקד מקום דוד] כשאחסיר מהם חוטי עוונותם ודוק רשעם (וכמ"ש) אזי מזה עצמו תתעורר חטאתם שחטאו בעגל עד שלא נאחזו בסבך עבודות עבודה כבידה כזו ונקל מאד לפניהם להסתולל בדרך הישר והנכונה, בהדרגה קטנה, ורק בדבר והפוכו לחפש אחרי האמת ולהרחיק מן השקר הרחק הלאה, והיה התנגדות לעבודת ה' ית"ש רק כקורי עכביש ונוח לכבשו, לכן כתיב בתחילת הבריאה וירא את כל אשר עשה והנה טוב מאד זה יצה"ר, שהתנגדות כזה מסלסל העבודה במעשיה שכל עבודה שהיא בפשיטות בלא התנגדות כלל יצאה מכלל העבודה לגמרי, ונקרא בסוג מקבל שכר שהרי לא ימצא שכר גדול מזה שעובד את מלך מה"מ הקב"ה ועל דרך שהמלאכים והגלגלים עובדים אותו שעבודתן היא עיקר מגמת שכרן אולם לאחר שחטאו בעץ הדעת [זה מובן עפ"י מ"ש בזי"ר שם בארוכה בזה] ונתכפלו עבודות הבחינות והמדריגות, וכן אח"כ כשחטאו בעגל, לאחר שפסקה הזוהמא וחזרו והעירו את כחו של ההתנגדות עד למעלה עד שקשה מאד לכבשו על זה מתאונן הש"י כדכתיב ואשר הרעותי:

שם (ל"ג פסוק ה') ויאמר ה' אל משה אמור אל ב"י אתם עם קשה עורף וגו' ועתה הורד עדיך מעליך ואדעה מה אעשה לך, וקשה להבין, א) הכי מבלעדי הורדת עדים לא ידע קב"ה מה לעשות עמהם, ב) קו' המפרשים דלמאי לא הועילה תשובה על חטא העגל, ג) גם קשה להבין הפסוקים ביהושע (כ"ד) במה שהתווכח עם בני ישראל אם יעבדו את ה' או לא, ואח"כ אמר להם (שם פסוק י"ט כ') לא תוכלו לעבוד את ה' וגו' כי תעזבו את ה' ושב והרע לכם וכלה אתכם אחרי אשר היטיב לכם, וזהו משולל הבנה, אם מחמת שירע להם אח"כ בעת חטאם, לכן ילכו תיכף עכשיו בדרך שובב חלילה, זה מן הזרות, ולתרץ כ"ז נראה דמבואר בספרים הקדושים דבעת אשר ישוב צדיק מדרכו ועשה עול, אזי מרה תהיה לו באחרונה יותר מאשר יעשה העול ההוא איש בינוני, וכן נראה פשט הפסוק ביחזקאל (י"ח פסוק כ"ו) בשוב צדיק מצדקתו ועשה עול ומת עליהם שהתחיל בלשון יחיד שעשה עול אחד ומסיים בלשון רבים ומת עליהם א"ו שגם צדקתו יסייע למיתתו חלילה, והטעם הוא כי הצדיק במצותיו יבנה היכלות בעוה"ב לקב"ה [וזה מרומז בדברי רז"ל באמרם עתיד הקב"ה להנחיל לכל צדיק וצדיק ש"י עולמות שהעולמות נעשים ממצותיו], לכן במרדו אח"כ יקלקל ויפגום היכלות ההם, ובעבור זה עונשו קשה מאד על אשר פגם פלטין של מלך, חוץ מהעונש על העבירה עצמה, וזה ידוע כי העדי האמור בכתובים אלו, הם הכתרים שנמסרו להם כדאיתא במס' שבת (פ"ח), והכתרים ההם היו משפיעים עליהם רב שכל ובינה. גם מבואר בספרים דחטא העגל היה ע"י דקות שכלם שהיה להם מן הכתרים, [לכן חקרו בדקות שכלם וברב בינתם ודימו שצריך לעשות דמות למרכבה, ובאמת טעו טעות הרבה] נמצא כי בהכתרים עצמם חטאו אשר לולא הכתרים ההם לא הגיעו לסיבת חטא גדול כזה ולא ערבה נפשם לגשת אל דברים עמוקים כאלו, כמבואר בפרק ב' דחגיגה, ועתה אם נחשבה העונש המגיע להם בעבור העגל גדלה עד למעלה ראש, כי בעת קבלת תוה"ק וכמה תיקונים אשר תקנו אז בני ישראל וכמה היכלות שבנו אז במעשיהם הנאים להקב"ה, כולם נחרבו במעשה העגל, ולכן אין תרופה חלילה כי חרבו הבניינים וההיכלות של קב"ה:

והנה איתא בש"ס ב"ק (צ"ח) בנתן לחרש עצים לעשות שידה תיבה ומגדל ועשה ושיבר פטור מ"ט אומן קונה בשבח כלי, ובסוגיא שם מבואר היכא דלא עשה האומן רק מעשה כל דהו כגון בצמר וסמנין דבעה"ב. ולבע אגר ידיה הוא דשקיל, בוודאי אין אומן קונה, ורוב הפוסקים פסקו דלעולם אין אומן קונה בשבח כלי חוץ הר"י בעל התוס' ס"ל דקונה, [ועיין בטור וש"ע חושן משפט סי' של"ו ס"ו ובאה"ע סי' כ"ח סעיף ס"ו] ובש"ג מבואר היכא דנתן לו שכר אומנות בוודאי אינו קונה, ואפי' אם היה הלכה כשיטת ר"י או אם שיעמוד מליץ אחד על כללות ב"י להקטין עליהם העונש ולחוש לשיטת ר"י דאומן קונה בשבח כלי, וההיכלות הם של ישראל ולא גדל החטא כל כך, אולם הלא כל התיקונים היו ע"י הכתרים שנתן להם ה', א"כ דמי ממש להיכא דצמר והסמנין דבעה"ב דלכ"ע אין אומן קונה, ונוסף ע"ז שחטאו בהכתרים ההם שהשפיע עליהם ה' ברוב חסדיו, לכן לא הועילה תשובה על חטא העגל, ולאחר החטא אין טוב להם רק אחת משתים, או שמני אז ייטיבו מעשיהם עד מאד, ולא יסירו מני עיניהם את גודל רכושם בכתרים ולא יפגמו עוד, או שיתפללו אל ה' שיקח מהם הכתרים, כי לולא שני הצדדים, רק ישארו בכתרים ויתנהגו במעשיהם פעם לטוב ופעם לרעה וילכו בקרי, אזי יהיה סכנה גדולה להם כי בעת עשייתם הטוב יתקנו בניינים גדולים לקב"ה [דאין להם בהיכלות ההם לכ"ע כהנ"ל], ובעת אשר יפגמו יהיו ג"כ בהכתרים עצמם ומי יודע עד כמה תגדל רב חטאם בשכל דק כזה, על זה רימז הכתוב ויתאבלו ולא שתו איש עדיו עליו, ששני הצדדים לא עשו, א) ולא שתו איש עדיו עליו שלא ידעו גודל רכושם ועדים להטיב מעשיהם כפי הראוי להתנהג עם גודל השפעה כזה, ועוד לא שתו לחשוב מחשבות להסיר הכתרים, רק איש עדיו עליו, ובאם ישאר ככה תהיה מרה באחרונה חלילה ויהיה תרתי לריעותא, הן מן הטובה שיתקנו לקב"ה לבד ויהיה העונש גדול בחורבנם, והן מן הפגם שיפגמו ברב שכל כזה, לכן ה' ברוב רחמיו ובר"ח אמר אל משה לאמר אל ב"י אתם עם קשה עורף אשר לא עשיתם בעצמכם כלום מני שני הצדדים, לכן הורד עדיך מעליך, ואז אדעה מה אעשה. פי' כמו ואם לא אדעה (בראשית י"ח פסוק כ"א) ואז אם יחטאו מכאן ולהבא יהיה העונש חלילה רק כפי כח השכל מצד תרתי לטיבותא שהפגם בלא כתרים יקטן אחד מני אלף כאשר עד הנה עם הכתרים, וגם התיקונים אשר יתקנו יהיו להם לבדם אם יהיה להם מליץ יושר לחוש לדעת ר"י דאומן קונה, דכל כשרון המעשה יהיה אך ביגיעתם וממילא יומעט העונש:

ועל קוטב כוונה זו הולכים וסובבים דברי יהושע, באם חלילה יעזבו ה' קודם ביאתם לארץ אזי העונש קטן עד מאד, כי עודנה לא קיבלו השכר, ואז ממילא התיקונים שתיקנו בעשייתם הוא רק להם לבדם לדעת ר"י דפוסק דאומן קונה בש"כ, אבל אחר ביאתם לארץ שקיבלו שכרם משלם, דלכ"ע אין אומן קונה כמו שמבואר בש"ג הנ"ל, תהיה מרה באחרונה על שחרבו היכלא דמלכא ממ"ה ובתחילה רימז בדברו עם ב"י, ואם רע בעיניכם בחרו לכם היום, פי' קודם קבלת שכר וחשב יהושע אולי לא הבינו הטעם דבריו העמוקים, לכן פירש להם בפעם שנית כי תעזבו את ה' ושב והרע

והרע לכם וכלה אתכם אחרי אשר הטיב לכם וקבלתם השכר, כפי ההקדמות הנ"ל, ועיקר כוונת יהושע, יען אשר ידע טוהר לבם אז בעת דברו אתם שהם כחומה נשגבה בעיקרי אמונה, ולא יועיל להם שום טענה לזוז זיז כל שהוא מהעקרים, רק ירא פן באחרית הימים ישוב לבם לרע, לכן בנועם מתק דבריו גדר פרצתם, כי בכל יום ויום אשר ירצה לבבם להרע מעשיהם אזי יגדל העונש כי לאחר קבלת השכר דהיינו ביאתם לארץ יענשו על תיקונים שתיקנו כבר, וממילא יטיבו מעשיהם ע"ע, וכל זה הורה להם בחין מליצותיו אז, כי העונש אשר יגדל על ידי המצות שעשו מקדם תליא באומן קונה ולאחר קבלת השכר בוודאי אין אומן קונה, וזאת תהיה להם לעצה נכונה לדור דור:

פרשת ויקהל

ויאמר אליהם אלה הדברים אשר צוה ה' לעשות אותם ששת ימים תעשה מלאכה וביום השביעי יהיה לכם קודש. ויש לדקדק דלמה מזכיר עשיית ששת ימים, דהוא רק דבר הרשות, ועוד למה כתיב תיעשה בלשון נפעל, אכן עפ"י דברי רז"ל ברכות (לו:) בזמן שישראל עושים רצונו של מקום מלאכתן נעשית ע"י אחרים שנאמר ועמדו זרים ורעו צאנכם, ובזמן שאין ישראל עושים רצונו של מקום מלאכתן נעשית ע"י עצמן שנאמר ואספת דגנך ולא עוד וכו', וזה שאמר להם משה רבינו ע"ה כי צוה ה' לתקן אותם במדריגה גדולה, ע"י קיום מצות שבת כראוי ושאר מצות התורה עד שגם בששת ימים תעשה מלאכתם ע"י אחרים, אבל הם לא יצטרכו לעבוד בעצמם, [וראיתי במכילתא כאן וז"ל ששת ימים תעשה מלאכה וכתוב אחד אומר ששת ימים תעבוד בזמן שישראל עושין רצונו של מקום מלאכתן נעשית ע"י אחרים וכשאין עושין רצונו של מקום מלאכתן נעשית ע"י עצמן, ותורת אמת היה בפי אאמו"ר זללה"ה]:

פרשת ויקרא

במדרש (פרשה ד') דבר אל ב"י לאמר נפש כי תחטא. תני ר' ישמעאל משל למלך שהיה לו פרדס והיו בו בכורות נאות והושיב בו המלך שומרים אחד חיגר ואחד סומא וכו' רכב החיגר על הסומא ואכלו את הבכורות, לימים נכנס המלך בתוך פרדס אמר להם היכן הם הבכורות הנאות, אמר לו הסומא אדוני המלך וכי רואה אני וכו' מה עשה להן הרכיב חיגר ע"ג סומא והתחילו מהלכין, אמר להם כך עשיתם ואכלתם את הבכורות, כך לעתיד לבא הקב"ה אומר לנפש מפני מה חטאת לפני אמרה לפניו רבון העולמים אני לא חטאתי. הגוף הוא שחטא וכו', אומר לגוף מפני מה חטאת לפני אומר לפניו רבון העולמים אני לא חטאתי נשמה היא שחטאת, מה הקב"ה עושה להם מביא נשמה וזורקה בגוף ודן שניהם כאחד, שנאמר (תהלים נ') יקרא אל השמים מעל להביא הנשמה, ואל הארץ להביא את הגוף לדין עמו עכ"ל המדרש, ובזה מובן פסוקי תהלים שם, בהוכיח את בני ישראל שמעה עמי ואדברה וגו', לא על זבחיך אוכיחך וגו', רק העיקר זבח לאלהים תודה שתתודה על חטאיך בלב נשבר וגו', ואתה שנאת מוסר, אם ראית גנב, פיך שלחת ברעה, תשב באחיך תדבר, את כל אלה עשית והחרשתי, דמית היות אהיה כמוך, הכוונה אשר אתה אם ירגיז לך אנוש מיד אתה נוקם ונוטר ממנו, ותחשוב אשר גם אני כן, והלא באמת רבות רעות עשית ואני איני נפרע ממך, ע"כ ערבה נפשך הרעה להוסיף בכל יום חטא ופשע, אבל מידת הקב"ה הוא אשר עד יום מות הרשע מחכה לו, כי יתרצה בתשובה, ואם לאו אז אוכיחך ואערכה לעיניך, אשר יצריך להרכיב אותם מחדש, וכדברי המדרש הנ"ל, והוסיף הגם כי טובה גדולה מה שאיני נפרע מכם מיד, זהו למי שזוכר לשוב לדרך הטוב, אבל למי ששוכח את שם אלהים בחייו, אזי עונש העוה"ב מר לו מאד, כי אטרוף ואין מידי מציל, דשם לא יוכל לתקן עוד, ורק מי שטרח בערב שבת יאכל בשבת:

שם (ה' פסוק ח') בחטאת העוף כתיב ומלק את ראשו ממול ערפו ולא יבדיל. במס' זבחים (ס"ה:) אמר ר' אלעזר בר' שמעון, שמעתי שמבדילין בחטאת העוף ומאי לא יבדיל א"צ להבדיל, ועיין בתוס' שם מ"ש הטעם בכל לאווין שבתורה, [ובהקדמה לחלק ראשון מבואר בזה דרוש נעים]:

בריש פרשת צו

במדרש [ר' מנא דשאב ור' יהושע דסיכנין בשם ר' לוי, מתחילת הס' ועד כאן כתיב וערכו בני אהרן וכו' דתנינן תמן כל העצים כשרים למערכה חוץ משל זית ושל גפן, עיין בס' בכור שור מסכת תמיד דהראיה מסיפא דמשנה שם, דרגילין במורביות של תאנה וברכו משם עלי תאנה, וע"ש], צו את אהרן ואת בניו לאמר, זבחי אלהים רוח נשברה, זבדי בן לוי ור' יוסי בן פרטא וכו', ותרגא אמר מנין למי שהוא עושה תשובה שמעלין עליו כאילו עלה לירושלים ובנה את ביהמ"ק ובנה את המזבח ומקריב עליו כל הקרבנות שבתורה, מן הדין קריא זבחי אלהים רוח נשברה, עכ"ל המדרש, ונבאר הפסוקים בתהלים שם (נ"א) כי לא תחפוץ זבח ואתנה, פירוש דאם האדם נותן צדקה או מקריב קרבן ודימה בנפשו שהוא הנותן, לא טוב בעיני ה' רק צריך לידע כי הכל מה' ומשלו נתן, וכאשר מקרא מלא דיבר הכתוב (ד"ה א' כ"ט פסוק י"ד) כי ממך הכל ומידך נתנו לך, וזהו שאמר כי לא תחפוץ זבח שהוא שלמים, שיהיה אצלי, ואתנה, שאני הוא נותן, ואפי' עולה שהיא כולה כליל ג"כ לא לו יהיה לרצון אם יהיה בעיני שאני הנותן, וכל החפץ ה' בקרבנות הוא הלב הנשבר אשר יש לאדם בעת הקרבת הקרבן, שיחשב בעצמו שכל המעשים שנעשים בקרבן בהמה ראוי להעשות בו בעצמו, וכיון שזהו עיקר הרצון מהקרבן, גם עתה שביהמ"ק חרב לא יחשוב כי בטלה עבודת הקרבנות לגמרי, כי הלא ככחו של אדם אז בקרבנות כן עתה, אם חייב קרבן וידע בנפשו את אשר חטא וישבור לבו על פשעו לה' אלהיו, וזהו שנאמר, זבחי אלהים, עיקר התכלית, אשר עם הזבח יהיה רוח נשברה, לב נשבר ונדכה לבד, בלא הזבח, ג"כ לא תבזה, וזהו אם אין לנו בית להקריב, היטיבה ברצונך את ציון, אז תחפוץ זבחי צדק, [ועיין בספר הבריתות להר"ם מקינון (בבתי מדות ריש בית ד') שבכל מקום דכתיב צו הוא לדורות, וא"כ מובן דברי המדרש היטב דהוקשה לו אמאי כתיב צו הא בזמן שאין בהמ"ק קיים בטלה עבודות הקרבנות, לכן אמר לתרץ זבחי אלהים רוח נשברה, דכל תכלית בהקרבן הוא הרוח הנשבר, וכיון דהתכלית גם עתה אפשר להתקיים דמי שעשה תשובה מעלין עליו כאילו עלה לירושלים וכו' ומקריב עליו כל הקרבנות שבתורה, ולכן המצוה של קרבנות עומדת לדור דור ושייך ביה לישנא דצו]:

(בהפטרת שבת הגדול) **מלאכי** (ג' פסוק ו') כי אני ה' לא שניתי ואתם בני יעקב לא כליתם,

ופירשו המפרשים כי ה' לא נשתנה רצונו ממה שהיה מאז לאהוב ח"ו את הרע, ולשנוא את הטוב, אבל אתם בני יעקב לא כליתם מפני, וגם כי תמותו ברשע ולא גביתי מן הרשעים בחייהם, הנה לעתיד כאשר יעמדו בתחייה, גם אז הם בידי, ואז יקבלו הגמול הראוי, וקשה להבין ההתקשרות זה לזה, ויש לפרש בזה עפ"י דברי הזוה"ק (סוף פ' יתרו), לא תרצח, לא תנאף, לא תגנוב, לא, פסקא טעמא בכל הני תלת, ואי לאו דפסקא טעמא לא הוי תקנה לעלמין ויהא אסור לן לקטלא נפשא בעלמא אע"ג דיעבור על אורייתא אבל במה דפסקא טעמא אסיר ושרי, לא תנאף, אי לאו דפסקא טעמא הוי אסור אפי' לאולדא או למיחדי באתתיה חדוה דמצוה, ובמאי דפסקא טעמא אסיר ושרי, לא תגנוב, אי לאו דפ"ע הוי אסור אפי' למיגנב דעתא דרביה באורייתא וכו', ובמה דפסקא טעמא אסיר ושרי, עכ"ל הזוה"ק, [ועפ"י דברי הזוה"ק יתפרש לן שפיר מאמרם ז"ל בסוף מס' מגילה כל הקורא פסוק בלא נעימה (פירש"י בלא טעמי המקראות) עליו הכתוב אומר, וגם אני נתתי להם חקים לא טובים ומשפטים לא יחיו בהם, דהיינו אם יקרא לא תרצח וגו' בלא נגינת טפחא, אזי ידמה בנפשו שאסור להרוג גם את נפש הרוצח, וכדברי הזוה"ק הנ"ל, ועי"ז יתרבו הורגי נפשות בישראל, ולא יחיו בהם], ועפ"ז יש לפרש הפסוק בדרך צחות, כי אני ה', לא, שניתי, לאשר כי אני ה' שניתי רק מלת לא, הכתוב בדברות, לא תרצח, לא תנאף, לא תגנוב, וצויתי לעשות נגינת טפחא [דפיסוק טעמים דאורייתא הוא נדרים ל"ז:] אחר מלת לא, להורות שיש לפעמים היתר לזה, וכדברי הזוהר האלו, אבל זולת זה, הלאו של כל אחד הוא בתקפו, ובחומר עונש, ואתם בני יעקב, כליתם מלת לא, הם מלהזכיר כאשר איננו נכתב כלל, וזהו שהוכיח להם הנביא שם (פסוק ה') וקרבתי אליכם למשפט והייתי עד ממהר במנאפים וגו':

שם (פסוק ז) למימי אבותיכם סרתם מחקי ולא שמרתם, שובו אלי ואשובה אליכם אמר ה' צבאות, ואמרתם במה נשוב, (פ' ח') היקבע אדם אלהים כי אתם קובעים אותי ואמרתם במה קבענוך, המעשר והתרומה, (פ' ט) במארה אתם נארים ואותי אתם קובעים הגוי כלו, (פסוק י') הביאו את כל המעשר בית האוצר ויהי טרף בביתי ובחנוני נא בזאת אמר ה' צבאות אם לא אפתח לכם את ארובות השמים

השמים והריקותי לכם ברכה עד בלי די, ויש לעמוד בכמה דקדוקים, ובפרט על מה דכתיב ואמרתם במה נשוב, ודחקו לפרש בעבור מה נשוב במה חטאנו, וגם קשרי הפסוקים קשה להבין, ונראה לפרש דהנה מי שרוצה לעלות בסולם, ולזכות בדרגא דתשובה, הוא לפי חטאו ופגמו, אם פגם מעט, כן נקל לפניו להטיב נפשו ע"י דרכי תשובה, אבל אם השתרגו עלו על צוארו ובעבותות העגלה חטא את נפשו והרבה לפשוע ח"ו, עד כי הרחיק הלאה מאד מכל דרך התורה והמצוה, אז נסגר לפניו הדרך הכביד בנחשתים גדר דרך האמת בעדו [והנה מבואר בספרים הקדושים ובנפש החיים (שער א') באריכה, אשר ה' ית"ש מרוב חסדיו הפליא עצה וקבע בענין זה שכל בחינה מג' אלו, נפש רוח נשמה, תתקשר בהבחינה שעליה, ולפי רוב עסקו בתורתו ועבודתו ית"ש לטהרת לבו באהבה ויראה, עי"ז יוכל האדם לעלות ולהתקשר ממטה למעלה מעט מעט, עד שיעלה ויתדבק בצרור החיים כביכול את ה' אלהינו ית"ש, לפי מדרגתו ושרשו, ואם עבר עבירה שחייב כרת ח"ו, ענין הכרת הוא שבחינת הנפש נפסקת ונכרתת משרשה העליון, וירתק החבל שהיה קשור ומדובק עד עתה ע"י התקשרות הנ"ל, ונטבעת בעמקי הקליפות ר"ל, ואם פגם וחטא ח"ו בבחינת הדיבור שלו ע"י עונות התלוים בדיבור, בלה"ר וכיוצא בזה וביטול תורה כנגד כולם, או שחטא ע"י שאר עבירות התלוים בשרשם בבחינת הרוח ונתקלקל בזה בחינת הרוח, ואם חטא ח"ו במחשבה אשר לא טהורה, וגרם בזה שיסתלקו ניצוצי נשמתו ממה שהיתה עד הנה בהלו נרו עלי ראשו, ומקום תיקונם והתקשרותם ע"י התשובה, שכאשר פגם האדם בחי' נפשו גם אם תכרת הנפש יכול הוא לתקנה ולהעלותה ע"י התקשרות בחי' עליונות שלה בבחינת הרוח, וכן על דרך זה בקלקול ופגם הרוח עכ"ד בדילוג]. ומזה מובן שאם פגם מעט, דהיינו בפגימת נפשו, יש לו עדיין אחיזה בקדושה, וישוב אל ה' וירפא לו, ואם הוסיף עוד ופגם גם את רוחו, יש לפניו עוד תקוה בעבור שנאחז עוד בניצוצי אור נשמתו, אבל מי שגירש ממנו גם ניצוצי זוהר נשמתו, לפניו יקשה מאד מאד להתקרב לפני ממ"ה הקב"ה, כי עוד כמעט לית ליה מגרמי' כלום, ועל מה ישען ובהי עייל, וה' ברוב רחמיו אשר לא ידח ממנו נדח הורה לנו כי יחתור חתירה באשר יתבונן היטב, אשר אם איש הישראלי שרוי בצער שכינה מה אומרת קלני מראשי קלני מזרועי כמבואר בסנהדרין (פ"ו משנה ה') ובזה יבוא אל המלך מה"מ הקב"ה ויבקש על נפשו, איך כי באהבתו וחמלתו אשר לעמו ישראל יש לו צער גדול מצרת ישראל ובעבור זה יחתור לו חתירה מכסא כבודו, ויוציאו ממסגר העונות ופגמים אשר יסבבו אתו מכל עבר ופינה, ושב ורפא לו,

וזהו מאמר הנביא למימי אבותיכם סרתם מחקי ולא שמרתם שובו אלי, ואמרתם כי לאשר ידעתם כי פגמתם וקלקלתם הרבה עד כי טנפתם נפשכם הטהורה ורוחכם והגיע עד כי גם טוהר ניצוצי נשמתכם הוסר מכם, במה נשוב, הלא לא נשאר שום קדושה מג' בחינות האלו, ואין לנו במה לישען כלום, השיב על זה הקב"ה היקבע אדם אלהים כי אתם קובעים אותי, ומזה תראו את גודל האהבה שביני וביניכם, ומפרש והולך, ואמרתם במה קבענוך, בשביל שלא נתנו המעשר והתרומה, הלא אלו הפסדות והיזקות שלנו, כי בשכר התרומה והמעשר נתברכו הבעלים, כמה דכתיב ואיש אשר יתן לכהן לו יהיה, ובגלל הדבר הזה יברכך ה', אבל לה' ית"ש אין חסרון מזה כלל, והתשובה על זה במארה אתם נארים ע"י שלא נתתם תו"מ, ועי"ז שלא אוכל להשפיע עליכם רב טוב, כי אם אתם תביאו את כל המעשר אל בית האוצר, הלא הריקותי לכם ברכה עד בלי די, הצער גדול אצלי כאשר אתם קובעים אותי הגוי כלו [וזה מאמרם ז"ל כל הנהנה מן העוה"ז בלא ברכה כאלו גוזל וכו', ר"ל שמונע ההשפעה שרוצה הקב"ה להשפיע וזה נקרא גזילה להקב"ה כביכול] וכמאמר הנ"ל בזמן שישראל שרוי בצער שכינה מה אומרת וכו', ומזה תשכילו את גודל האהבה שיש לי אליכם, ואם תשפכו שיח לפני ה' אב הרחמן שבגלל צערו ית"ש יושיע לכם, אזי גם לגברא ערטילאי משלשה בחינות, אשר נפגם נפשו רוחו ונשמתו, יש שבר לשברו ושב ורפא לו:

שם (פסוק כ"ג) הנה אנכי שולח לכם את אליה הנביא לפני בא יום ה' הגדול והנורא, (פ' כ"ד) והשיב לב אבות על בנים ולב בנים על אבותם, ויש לפרש דידוע דכל איש רוצה שיהיה בנו טוב וישר בעיני ה', והגם אשר הוא לא עשה כן ימי הילדות גרמו לו, ועתה כי עול הרחיים והפרנסה על צוארו אי אפשר לו, לכן כל חשקו הוא אשר ברא יזכה אבא ויהיה ת"ח, והבן חושב בלבו הלא אבי גם הוא ילד על ברכי אביו ולא רצה לישא עול התורה בעבור תאות הילדות, ואעשה כן גם אני, אבל זה הבן שואל ומבקש, לו יהיה אבי אחד מגדולי ואדירי הדור, כי עי"ז יתכבד גם הוא, ובלא טירחא ויגיעה ישיג את כל הכבוד הזה, וכל זה הוא כעת אשר כל אחד מבקש בטובת זולת, אבל ביום שולח ה' את אליה הנביא אז ישיב לב אבות על בנים שמה שהם רוצים שבניהם יהיו טובים וכשרים זאת התשוקה תהיה עליהם בעצמם ויעשו כאשר לאל ידם, ולב בנים על אבותם מה שהבנים מבקשים שאביהם יהיה טוב יתאוו הבנים לאותה תאוה ויעריהו, ויגעת ומצאת תאמין, ותחזינה עינינו בשוב ה' את שיבת ציון, אמן:

בעת אשר יזכני ה' להוציא לאור עולם את הליקוטי הגהות והערות מאאמו"ר הגאון המחבר זצללה"ה אציג עוד הרבה חידושי אגדה הנוחים לכל נפש.